

Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento Jurídico balear

por

DR. RICARDO YÁÑEZ VELASCO
Profesor de Derecho Procesal. Juez

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES INDISPENSABLES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD:
 - 1.1. IGUALDAD EN LA LEY E IGUALDAD ANTE LA LEY.
 - 1.2. LA PERSPECTIVA FORMAL.
 - 1.3. LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA.
 - 1.4. LA IGUALDAD PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.
 - 1.5. LA INCIDENCIA DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
2. NORMATIVA EN PRESENCIA Y COMPETENCIA LEGISLATIVA:
 - 2.1. EL ÁMBITO SUSTANTIVO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA BALEAR SOBRE PAREJAS DE HECHO.
 - 2.2. LA COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN SEDE PROCESAL.
 - 2.3. EL CONTEXTO JURÍDICO EN EL ESPACIO ESTATAL Y EN EL RESTO DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
3. DERECHO SUSTANTIVO:
 - 3.1. SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICO-CIVILES PRIVADAS Y LA CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTOS PRELIMINARES.
 - 3.2. SOBRE LAS DIFERENCIAS DE CONTENIDOS Y DERECHOS ENTRE LEGISLACIÓN ESTATAL Y LEGISLACIONES AUTONÓMICAS Y DE ÉSTAS ENTRE SÍ.
 - 3.3. ESTÁNDAR MÍNIMO EXIGIBLE Y PROTECCIONISMO ESTATAL O AUTONÓMICO.
 - 3.4. LAS DESIGUALDADES DE TRATAMIENTO ANTE SUPUESTOS DE HECHO DESIGUALES ENTRE SÍ.

4. DERECHO PROCESAL:

- 4.1. UNIFICACIÓN Y DIFERENCIACIÓN DE PROCESOS CIVILES DE FAMILIA.
- 4.2. LOS EFECTOS DE LEGISLACIONES SUSTANTIVAS DISCORDANTES SOMETIDAS A UN ÚNICO SISTEMA PROCESAL NACIONAL.
- 4.3. LAS HIPÓTESIS DE NORMATIVAS PROCESALES DIVERGENTES FRENTE A LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL O FORAL SOBRE EL PROCESO PRÁCTICO.
- 4.4. CONCLUSIONES SOBRE IGUALDAD ANTE LA LEY.

5. REFLEXIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES INDISPENSABLES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1.1. IGUALDAD EN LA LEY E IGUALDAD ANTE LA LEY

En primer lugar conviene apuntar que la concepción de igualdad desprendida del artículo 14 CE conecta sin remedio con la noción de valor fundamental referida en el artículo 1.1 CE, así como con la promoción hacia su sentido real y efectivo postulado en el artículo 9.2 CE. No basta, por tanto, la igualdad formal (art. 14 CE), sino que se requiere la sustancial (art.9.2 CE) para desarrollar el valor superior. La noción es relativa y relacional, pero en absoluto mengua su importancia por la vinculación de la igualdad procesal con el artículo 24 CE. El origen sigue encontrándose más allá del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —en el art. 14 CE—, aunque recabe en aquélla al imbuirse en un proceso judicial (1).

La posición diferente entre los litigantes de un proceso civil no es el elemento desigual que permite un trato desigual, ya que la «condición» o «situación» enunciada por el artículo 14 no refiere actos puntuales de diferenciación (2). Cabe que estos repercutan globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad, pero no pueden entenderse como el *status* apuntado en el artículo 14 CE, al ejemplificar una serie de motivos inaptos para discriminar (3). A veces resulta inevitable considerar como exigencia fundamental la

(1) Cfr., sobre el particular, María Victoria BERZOSA FRANCO, «Los principios del proceso», en *Justicia*, 1992-III, pág. 570.

(2) En ese sentido es esclarecedor observar que «el principio de igualdad jurídica no puede fundarse en el plano de los hechos empíricos sino en el de la ética» y, consecuentemente, «...deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los hombres»; Javier GÁLVEZ MONTES, «Artículo 14», en *Comentarios a la Constitución Española* (con otros autores), Civitas, Madrid, 1985, pág. 180 y sigs. En relación, vid. la cita número 3 de su pág. 181: no se excluye la justicia de diferencias en cuanto a derechos concretos, basadas en la diversidad de conductas imputables al individuo (v.gr., legalidad, delincuencia, diligencia, descuido...).

(3) Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 239.

igualdad del «acudir» y del «estar» en el proceso y que se haga, por supuesto, a partir de una igualdad nunca absoluta sino relativa. Son casos que pueden ser evaluados como desigualdad de trato, e incluso podrían prohibirse, pero no entrañan la discriminación que el precepto en cuestión impide. Ésta, pues, asciende a la posición diferenciada que es realmente capaz de provocar discriminación. El trato desigual es claro, el problema es analizar si tal desigualdad es razonable, porque entonces no habría discriminación.

La cuestión fundamental gira alrededor del análisis de las diferencias que tengan carácter normativo, respondiendo a la pregunta de si son legítimos los factores que justifican la desigualdad. Debe subrayarse de qué modo no se ofrece criterio alguno, pues aunque el principio y el derecho existen, no se indica lo que es igual sino que únicamente se determina que lo igual sea tratado igual. Además, aunque debe perseguirse igualar cualquier situación desigual, ello no ha de ocurrir en los hechos, sino en el trato ético de los mismos: un mínimo de desigualdad formal sirve para progresar hacia la igualdad sustancial (4). Todo depende del punto de vista de la comparación. La perspectiva que nos interesa es aquella en la que presenciamos a dos justiciables que como sujetos forman parte de un mismo proceso y donde ambos persiguen tutela judicial efectiva. En abstracto y teóricamente las posiciones deben considerarse iguales, pero cuando tratemos cada una de ellas independientemente apreciaremos que la igualdad a considerar no será la misma: la posición social y económica de cada una manifestará la necesidad de examen. En el tema que ahora ocupa el Texto constitucional no ofrece una habilitación expresa para la diferenciación. Hemos de acudir entonces a un punto de vista pasivo, debiendo observar la finalidad y el factor diferencial que aparezca.

El operador jurídico ha de estar en condiciones de valorar *cuándo* se producen diferencias en los supuestos de hecho, que permitan un trato desigual no discriminatorio por razonable. En conclusión, cabría aceptar que el

(4) Tal diferenciación puede provenir del Estado Social y Democrático de Derecho para la efectividad de los valores que consagra nuestra Constitución; cfr., entre otros, Gregorio PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 59. La premisa básica reside en que las posiciones iguales deben ser igualmente tratadas, y si existe una causa justa y razonable puede darse el paso hacia la diferenciación sin que ello limite la libertad, sino que más bien la fortalecería; vid. Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, «Artículo 14», en *Constitución Española de 1978*, vol. II (arts. 10 a 23), *Revista de Derecho Público (Comentario a las Leyes Políticas)*, Madrid, 1984, pág. 287. Nos referimos a un juicio de razonabilidad que destaque en atribuciones objetivas, aunque sea recomendable tener en cuenta que la justificación objetiva no es regulación objetivizada, hasta el punto que no tenga en cuenta los propios elementos discriminadores; así Ángel CARRASCO PEREIRA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pág. 59 y sigs. Partiendo de que exista desigualdad hará falta la práctica de un test de relevancia (= que haya motivos para pretender la igualdad) y un test de razonabilidad (= que susodicha desigualdad no ostente justificación); véase, al respecto, Enrique ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, 1983, págs. 31 a 55.

legislador opta por beneficiar a una parte que considera débil en las relaciones jurídicas, otorgándole la facultad procesal de solicitar el derecho material en un tipo de procedimiento de manera más favorable que otra parte con igual derecho material, que por tanto deberá articular en otro tipo de procedimiento o bajo determinadas formas procesales más complejas y económicamente también más perjudiciales.

El conflicto puede radicar en un estadio anterior, situado entonces en la igualdad *en* la Ley, y la introducción de un interés general público permite obviar relaciones entre litigantes *ex ante* proceso. Fuera de ello, el estudio aislado de las posiciones de las partes residiría en la igualdad *ante* la ley y la resolución discrecional del juzgador, apoyándose en un status y fundamento legitimador diferenciado en cada una de las mencionadas posiciones (5). En ambos casos se produce una discriminación, alejada del Estado Social de Derecho inspirado en los principios de Igualdad y Justicia. Todo conviviente posible no se ve en las mismas condiciones básicas ante la Ley para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Pero el conflicto con la igualdad expuesto hasta el momento podría solucionarse ahondando en el siguiente argumento. Entre las partes este principio no significa igualdad esencial de las mismas, pues son papeles distintos en el proceso. La igualdad procesal es igualdad dentro de la desigualdad de funciones, manifestación principal de la preocupación pública por impartir, mediante la jurisdicción, la justicia del caso concreto. Pero esa igualdad, aunque también se fundamente en la Constitución, no es la que interesa aquí.

1.2. LA PERSPECTIVA FORMAL

A continuación se plantea la justificación de que el formalismo de la igualdad, a través de la dicción literal del artículo 14 CE, puede respetarse por medio de la contradicción. En ese sentido, la igualdad formal de armas constituiría la posibilidad de contradecir. Sin embargo, lo que permitirá desigualar a las partes en el ejercicio de la pretensión, entendida ésta como arma procesal, será la igualdad material, ajena a la contradicción (o igualdad de armas formal). El problema puede residir en que no se utilice esta segunda

(5) En el artículo 14 no se incluye la «riqueza» como elemento no discriminatorio, mientras sí lo hacía la Constitución Española de 1931. Pese a que su importancia es evidente, al no indicarse expresamente en el precepto constitucional, se englobará dentro de la cláusula general del mismo. Como es sabido, la carga de la prueba ante el Alto Tribunal pesa sobre quien pretenda sostener la legitimidad de la diferenciación (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2.º), pero ello sólo ocurre en las cláusulas específicas, no en la general. En ésta, donde en su caso incluiríamos la riqueza o la posición económica, se invierte la carga de la prueba, debiendo el propio afectado demostrar sus alegaciones al respecto. Acaso hubiera convenido indicación expresa, como así expone la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2: «posición económica».

perspectiva y sólo se obedezca la primera, de modo que se excluyan los supuestos que interesan por cuanto dentro de un mismo proceso —y entre las partes litigantes— siempre se dispondrá de la audiencia y de la contradicción y así de ese tipo de igualdad formalizada.

La igualdad procesal formal existe cuando las dos partes pueden actuar en el proceso «al mismo tiempo». En eso no tiene nada que ver la diferenciación entre justiciables para demandar o no demandar, porque se basa en una situación ubicada dentro de un mismo proceso en curso, donde se trata de que la tutela sea garantizada, por ejemplo, a través de audiencia y defensa, para ambas partes litigantes y nunca para una sola. El necesario entendimiento (procesal) del artículo 14 CE sólo expresa su verdadero significado a través de su homónimo material (art. 9.2 CE). Es decir, no podemos admitir que a causa de la definición formal de las partes procesales —cosa que ocurre, de hecho, en cualquier tipo de proceso—, se aplique un principio de igualdad a medias. El artículo 14 CE establece un derecho a la igualdad formal, a tener en cuenta como punto de partida. Pero el principio de igualdad como valor del artículo 1.1 CE, informador de todo el Ordenamiento jurídico junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, lo es también de la norma procesal. Es correcto que el Tribunal Constitucional enlace los artículos 14 y 24 CE. Para ser teoría completa, sin embargo, requiere la conjugación con el derecho a la igualdad material. De no ser así el artículo 14 CE no respondería, por sí sólo, a las exigencias de Justicia en todo proceso. Parecería un mero instrumento de tránsito hacia el derecho de defensa, desconectado de su propio sentido autónomo. La formalidad del proceso no puede permitir la formalidad de la igualdad, ni del sentido sustantivo del propio juicio jurisdiccional, porque convertiría esa idea de igualdad adjetiva en valor vacío de práctica inútil. Se atrae el verdadero núcleo sustantivo con el artículo 9.2 CE, gracias a que con él se llega a una igualdad real y efectiva. Esto ocurre en otros procesos, como por ejemplo el laboral, o en sede general de justicia gratuita.

1.3. LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

Para obedecer el principio de igualdad deben superarse tres controles o verificaciones. Se trata de comprobar la constitucionalidad del objeto de estudio, en nuestro caso la misma ley. De ahí que la ubicación resida en la igualdad *en* la ley, no *ante* la ley. La segunda óptica, en su caso, vendría diferida a un momento posterior, donde interviene el juez como operador que aplica la norma (6). El primer test versa sobre la existencia de la desigualdad

(6) Es sabido que debe aceptarse, sin embargo, que a veces el intérprete judicial no dispone de opciones que le permitan respetar el principio. Se provoca entonces una desigualdad no razonable y por ende discriminatoria, porque quien aplica la ley se encuentra obligado bajo sus márgenes.

misma, el segundo sobre la relevancia de esa desigualdad, y el tercero sobre la razonabilidad de la desigualdad relevante (7). La cuestión sería observar si existe una falta de razonabilidad en la ley, que en su caso la haría discriminatoria y, por consiguiente, inconstitucional (8) (9). Para ello cobra relevancia el contrapeso de valores constitucionales, así como el balance entre éstos y los bienes constitucionalmente protegidos. La noción de *balancing* ha sido expuesta por la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional al tratar las propias contradicciones que podría generar el artículo 24 CE, a través de la tutela judicial efectiva como derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Ante el objeto de nuestro análisis, esa formulación del test de razonabilidad se invierte, porque se advierte la falta de igualdad en la actuación del poder público (Legislativo), que introduce una norma formalmente desigual. Y debe analizarse si lo razonable es, precisamente, lo contrario, esto es, imponer la igualdad. Al no hacerlo la desigualdad de la práctica no sería razonable, porque no estaría justificada por los valores constitucionales. Por el contrario, si estos la acogieran, la irrazonabilidad estaría en alterar la desigualdad existente. En cualquier caso, se persigue el equilibrio entre el sistema de valores constitucionales y la diferencia del régimen jurídico aplicable. Debe saberse si el trato jurídico dispensado por una ley respeta la teoría de los valores a partir de la

(7) Cfr. Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Ediciones del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 206. Como sea que es un análisis consecutivo, resulta lógico exigir la conjunción de los tres test. Estamos hablando de un juicio de razonabilidad que destaque en atribuciones objetivas, aunque es recomendable tener en cuenta que la justificación objetiva no es regulación objetivada, hasta el punto en el que no sea capaz de considerar los propios elementos discriminadores. (Sic) Ángel CARRASCO PEREIRA, «El “juicio de razonabilidad” en la Justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pág. 59 y sigs. Vid. también, Enrique ALONSO GARCÍA, *El principio de igualdad...*, cit., págs. 31 a 55, donde se destaca que, partiendo de la existencia de la desigualdad, hará falta la práctica de un test de relevancia (= que haya motivos para pretender la igualdad) y un test de razonabilidad (= que aquella desigualdad no ostente justificación).

(8) (Sic) Gregorio PECES-BARBA, *Los valores...*, cit., pág. 59.

El principio de igualdad no implica, en todos los casos, un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Pero ese tratamiento legal desigual tiene un límite, consistente en la no discriminación. Es decir, la desigualdad no debe estar desprovista de una justificación objetiva y razonable (vid. STC 19/1982, de 5 de mayo, reiterada desde entonces). La igualdad no se limita con ello, sino que se fortalece (Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, «Artículo 14», en *Comentarios...*, cit., pág. 284). Y recuérdese que la no discriminación es directamente ejecutable como derecho fundamental (Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad...*, cit., pág. 254).

(9) No es lo mismo lo razonable que lo racional, pues «esto último se aproxima y en cierto sentido se identifica con lo silogístico y guarda relación con el viejo brocardo: *dura lex, sed lex*. Lo razonable es, por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo». Domingo GARCÍA BELAUNDE, «La interpretación constitucional como problema», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pág. 31.

voluntad del texto legal, no de la voluntad del legislador ordinario (10). Asimismo, interesa el desarrollo del propio valor o conjunto de valores, pues son los que deben tenerse en cuenta para una interpretación correcta e integrada. Con todo, la regulación legal que se ofrezca no puede ampararse, sin más, en el artículo 14 CE cuando no resista la racionalidad. Ésta opera a partir de una abstracción de la norma, que observe su sentido general y pueda determinar si los fines que la Constitución impone al Poder Legislativo —el valor constitucional—, se respetan a través de los medios que este último Poder del Estado emplea para ello.

La raíz del problema no reside tanto en que existan valores constitucionales enfrentados en cada caso concreto, porque el valor igualdad actúa para todos, si bien aquellos encuentren igualmente puntos de unión (la convivencia como elemento definidor, actual, del matrimonio y de las uniones paramatrimoniales) o compartan identidad (la concepción, y protección, de la familia). La cuestión estriba en negar, por ejemplo, la posibilidad de las uniones de hecho en el proceso especial de familia, y en definitiva para derivar protección hacia la familia desde la concepción de un matrimonio o una pareja de hecho del mismo sexo, quizá para justificar la afirmación de otros valores como bienes constitucionales protegidos (particularmente una determinada noción de matrimonio). Hemos de ver si la hipótesis no resiste el equilibrio, en función de la falta de respeto a la jurisprudencia o contrapeso de valores, como interpretación constitucional universal (11), a través de su jerarquización; o por el contrario si no sólo lo hace sino que el planteamiento existente es el único constitucionalmente legítimo.

Esa estructura piramidal de valores nunca puede ser incoherente, pero tampoco abierta a plena discreción del Tribunal Constitucional. La Constitución establece una serie de guías para evitarlo. Naturalmente, podría ser más complicado distinguir entre las partes del proceso y éste en su conjunto, como proceso justo. Y ello porque la reconducción del problema opera a través de valores como el de la Justicia, aglutinador finalista del fundamento efectivo de la teoría de la acción o el acceso a la jurisdicción y, a su vez, claramente objetivo. Sin embargo, el desarrollo de la igualdad como efectiva y real volvería a solucionar la constitucionalidad de una desigualdad en la ley, que además utilizaría la lógica y la ponderación. Lógica jurídica en la medida que no puede desnaturalizar una garantía de alcance constitucional. Ponderación referida al equilibrio, a través de la idoneidad del medio, así como la proporcionalidad de éste —limitar a un tipo de sujetos respecto de otros— con el fin —justicia final del proceso bajo igualdad real—. El sentido último de la diferencia de partes se encuentra en la base material subyacente:

(10) Sobre el tópico de la voluntad a tener en cuenta, y la poca importancia del legislador histórico, cfr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, *La interpretación...*, cit., págs. 26 y 27.

(11) STC 64/1982, de 4 de noviembre.

el bien jurídico que defienden las esferas jurídico-privadas en el proceso, y que trasciende a éste desde el mundo material. En el proceso civil existen, de hecho, objetivos superiores a los que defienden las partes que litigan. A través de la figura del Ministerio Fiscal, precisamente, estos últimos pueden potenciarse más, como ocurre cuando entran en juego sujetos menores de edad o incapaces (12).

1.4. LA IGUALDAD PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Puede ser útil establecer como premisa fundamental la consideración de la igualdad procesal como asentada en el artículo 14 CE y no en el 24 de ese mismo texto, aunque aquél tenga en éste repercusiones ineludibles (13). La importancia de ubicación en el primero de ellos supone imponer, necesariamente, su relación con el contenido real y efectivo del artículo 9.2 CE. Este precepto es fundamental para resolver correctamente los resultados que debe ofrecer la legislación procesal. Los argumentos contemplados bien pueden ser igualmente utilizados, sin embargo, para establecer las diferencias, partiendo de la igualdad misma. Aquella finalidad última en la justicia de carácter objetivo no alberga distinciones entre partes hasta el punto de eliminar una. Por lo tanto, la consecuencia debe ser analizada en sede de resultados. Ahora bien, en ningún caso el método empleado impedirá que, de constatar el desequilibrio en el ejercicio del derecho fundamental, ceda éste ante un interés superior al individual.

Vincular la igualdad de armas formal a la regla de la contradicción impone la disposición de medios para poder contradecir. La demanda no deja de ser, a fin de cuentas, un instrumento o arma de la propia defensa, pero ello se circunscribe al contenido de la tutela judicial y a la prefiguración constitucional de la acción procesal como derecho fundamental. El mismo se sujeta, como es lógico, al principio de igualdad real y efectiva, pero ha de separarse de la igualdad de armas relacionada con la contradicción (14), pues muestran

(12) En realidad se padece, no obstante, la inacción del Ministerio público, en muchos partidos judiciales materialmente ausente en los procesos no dispositivos, lo que genera especiales problemas en los supuestos de guarda y custodia compartida, que requiere informe *favorable* del fiscal (art. 92.8 CC). Al margen que ello, dicho sea, atente directamente contra el ejercicio de la potestad judicial, pues nótese que no es un trámite previo e imprescindible a la decisión, sino un límite a la decisión judicial misma; al respecto se ha planteado cuestión de constitucionalidad. Parece que el origen del problema estuvo en un error de votación en trámite parlamentario, no subsanado en todos estos años, tampoco con la última reforma procesal.

(13) Cfr. María Victoria BERZOSA FRANCO, *Principios...*, cit., pág. 570.

(14) Véase aquí otra interesante relación entre el artículo 24.1 CE, donde estaría la contradicción, y el artículo 24.2 CE, donde se encontraría la igualdad de armas.

perspectivas dogmáticas diversas (15). Aun considerando que fuesen la misma cosa, no por ello se esquivaría el posible (y debido) tratamiento jurídico diferente, cuando sea razonable. No hacerlo desemboca, a menudo, en el desequilibrio final, contrario a un derecho constitucional que convierte la simetría en desigualdad material, algo de todo punto rechazable (16). Alcanzamos la necesidad de afirmar que «desigualar lo desigual es igualar» (17).

El principio de contradicción se vulnera si, por ejemplo, un litigante alega y la otra parte no puede hacerlo, a una parte se le ofrece audiencia y a la otra no, etc. En cambio, la existencia objetiva del derecho a la acción o de acceso al proceso, como algo teórico, es previo a la posibilidad de contradicción. Ésta se encuentra relacionada con la igualdad, derivada del «sostener» y «fundamentar» (18) como reacción, no del «iniciar» o «proseguir».

Existen, por consiguiente, dos vertientes diferenciadas, la igualdad formal se respetaría con la dualidad y la contradicción, apartándose de la discusión de desigualar posibilidades en la acción o en el recurso. Para alcanzar la material, en cambio, se requiere desigualar posiciones desiguales. Habría que resolver, en cualquier caso, si la exigencia de contradicción, por sí misma, es obstáculo

(15) No creo que la contradicción palidezca por desigualar posibilidades impugnativas, pero el error aún parece más claro cuando se intenta confundir la dialéctica contradictoria con el principio de igualdad.

(16) Cfr. Mario CHIAVARIO, «Sistema delle impugnazioni e profili di garanzie», en *Processo e garanzie della persona. II. Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 24. El autor define el ámbito natural de la exigencia de simetría en el proceso civil, uniéndolo a la posibilidad de reconvencción. La mayor parte de la doctrina española asume por completo la concepción igualitaria formal, sin atender a las eventuales consecuencias desigualitarias que perjudican a una de las partes; pero en todos esos casos se está respondiendo a un debate entre litigantes llamados a un mismo proceso. Y cuando los autores admiten el trato desigual, para obtener una igualdad real final en esa perspectiva, suelen hacerlo ceñidos al proceso laboral, a través de la «parte débil» (trabajador y principio *pro operario*). Sobre la misma habría que «compensar e igualar desigualdades fundamentales»; por ejemplo, José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT (*Derecho...*, cit.), acogiendo la STC 3/1983, de 25 de enero. La aceptación de la desigualdad entre partes siempre ha sido expuesta de forma muy diversa cuando referimos a la actividad del Ministerio Fiscal, en la instrucción o en los procesos civiles no dispositivos, pero nuevamente debe insistirse en que tal cosa afecta a la relación dialéctica que se establece dentro de un determinado juicio, no en la comparativa sobre los posibles accesos a las jurisdicciones, acciones civiles disponibles y tipos de procedimientos especiales a los que el justiciable pueda acudir. No es en este ámbito de análisis donde se afirma que la igualdad formal es el uso de iguales armas («de derechos y deberes procesales que garantizan precisamente la cualidad de parte»), lo que, por antonomasia, se produce en el proceso civil, sin que exista, por ejemplo, en el proceso penal.

(17) Entre otros, Enrique RUIZ VADILLO, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, ed. Actualidad, Alcobendas, 1994, págs. 133 y 231.

(18) «Hablar del principio de igualdad es tanto como expresar un modo o modalización del de audiencia. En el proceso actual es el único que puede hacer efectivo o posible este principio», María Victoria BERZOSA FRANCOS, *Principios...*, cit., pág. 569.

a la desigualación material de armas procesales, pero no en el plano abstracto de diversos procesos sino de un mismo proceso contradictorio en curso.

1.5. LA INCIDENCIA DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La igualdad procesal proviene del artículo 14 CE y, por ende, del artículo 9.2 CE. Se permite desigualar para alcanzar una verdadera situación igual final, la real y efectiva, que será la que en verdad acabe importando. Lamentablemente, el Derecho procesal, aunque autónomo en gran medida, en ocasiones olvida su instrumentalidad hacia el aspecto material, y cuando ello ocurre lastra su relación plena con el artículo 9.2 CE. Curiosamente provoca una paradoja al generar una mediatización del artículo 14 CE, situándolo en relación con el artículo 24. El artículo 9.2 CE actúa sobre la propia autonomía procesal, sin obviar las realidades provocadas en el proceso, con semblanzas de lo que ocurre con una previa desigualdad económica material. Impide acceder o seguir en el proceso, debiendo corregirse procesalmente sólo si atendemos a la relación subjetiva jurídico-procesal concreta, no en cambio cuando se aborda la cuestión desde la comparativa entre derechos a la acción procesal.

Proclamar la no indefensión implica que en todo proceso debe respetarse un derecho de defensa, con contradicción de las partes enfrentadas (19). Se exige que el proceso se desarrolle a la vista de ambas posiciones, manifestando la oportunidad de contraatacar lo que alega la otra parte. No se trata simplemente de garantizar la audiencia sino de que, en el respeto de la tutela judicial que cada uno persiga alcanzar favorablemente, se exponga el contrapuesto debate ante el juzgador, permitiendo decidir en mejor justicia. De hecho, a lo que estamos es a una contradicción que sólo puede admitirse en el plano real, en lo que de verdad sucede procesalmente, porque contradecir es algo efectivo en vez de potencial.

Junto a la discusión sobre la igualdad parece nacer la justificación del intervencionismo jurídico en las relaciones privadas. Si convenimos en la necesidad de unos mínimos irrenunciables quizá estamos partiendo de una justificación ajena al voluntarismo individual donde, obvia decirlo, la decisión de cada uno se eleva sobre la decisión de formalizar una determinada situación fáctica que, sujeta a la perspectiva jurídica, está fundamentando la protección estatal o autonómica. De ese modo, y marginando la seguridad jurídica para terceros, pudiera parecer irrelevante que para exigirse el derecho —irrenunciable— entre quienes participan de esa mencionada situación, no sea preciso someterse a una determinada formalidad administrativa como, por

(19) STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 5.º

ejemplo, inscribirse en un particular Registro. Si un supuesto de hecho debe ser protegido como derecho irrenunciable, da la sensación que tendría que bastar que tal supuesto de hecho —material, ajeno a formalidades adicionales que configuren reflejo o constancia pública sin variar su esencia— se produzca en la realidad radical, como ocurre con singulares derechos laborales que no resultan sesgados, digamos, por la falta de un contrato escrito o porque el trabajador infringiera la legislación de extranjería. Por otra parte, no es fácil asumir que las parejas de hecho sepan del diverso contenido de sus derechos en el caso que se inscriban o que no lo hagan, y el cúmulo de normas que nos rodean ha relativizado y en muchos casos superado aquel axioma de que la ignorancia de la ley (no penal) no exime su cumplimiento. Naturalmente, ante el caso de una pareja de hecho no inscrita en el Registro administrativo constitutivo del Gobierno balear se observará la vertiente negativa de la regla, esto es, que no se aplique la (ignorada) ley sobre uniones de hecho —no su cumplimiento—. Dicho de otro modo, que se cumplirá el Ordenamiento jurídico (la ignorada «Ley» —en general—) por el que no cabría, por ejemplo, una compensación económica o una pensión periódica. Pese a todo, la situación de hecho puede ser la misma, con lo que la única diferencia radicaría en la ausencia de los requisitos del artículo 1 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, dictada por el Parlamento balear (en adelante LBPE), ante lo cual no debe extrañar que unos y otros se vean desigualmente tratados *en la Ley*: el conviviente extramuros legislación autonómica sobre parejas de hecho por no poder obtener sus beneficios de su *ex* y el conviviente bajo inscripción constitutiva y sujeto a esa legislación territorial por tener que satisfacerlos al otro/a.

En cualquier caso, el Derecho Privado dispositivo puede cubrir tanto las necesidades patrimoniales constante convivencia en situaciones de conflicto como en supuestos de extinción. Pero tal cosa dependería del pacto, y resultaría una contradicción en los propios términos obligar a que exista algún tipo de pacto cuando su naturaleza se basa en la libertad de disposición y autonomía de la voluntad. De ese modo, la ausencia de un pacto —como decisión igualmente libre de no pactar—, impone a las partes no poder reclamar los contenidos que eventualmente hubieran podido plasmar en el acuerdo. No tiene porqué rechazarse una serie de mínimos derechos, pero es difícil establecerlos sin entrar en la crítica de la desigualdad o el peligro de un creciente proteccionismo de la Administración, lo que a mi entender aconseja exprimir los cauces del Derecho patrimonial y reducir aquellos a la mínima expresión, si no puede justificarse bajo tal instrumento su total eliminación.

2. NORMATIVA EN PRESENCIA Y COMPETENCIA LEGISLATIVA

2.1. EL ÁMBITO SUSTANTIVO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA BALEAR SOBRE PA- REJAS DE HECHO

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, la tradicional unificación que operaba el Código Civil español dejó paso a la diversidad legislativa en materia civil, bajo una coexistencia legítima e igualitaria que, por demás, recuperaba la propia historia y autonomía legislativa de algunos territorios. La distribución competencial se estructuró, fundamentalmente, a partir de los artículos 148 y 149 CE y los Estatutos de Autonomía. En particular, la Comunidad Autónoma balear configuró el suyo a través de la Ley Orgánica 2/1983, reformada en 1999 (LO 3/1999, de 8 de enero), y de acuerdo con el artículo 149.1.8.^a CE se indicó de qué modo «la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil de la Comunidad Autónoma» constituía competencia exclusiva de esta autonomía (art. 10.23 EAB), al igual que la determinación de las fuentes del Derecho Civil balear (art. 50.2 EAB). Esa asunción de competencia también es excluyente, por lo que el Estado español perdió capacidad para legislar en esa materia. Sin embargo, conviene repasar el redactado del artículo 149.1.8.^a CE para subrayar dos aspectos concretos: el derecho competencial vinculado a la preexistencia del Derecho Civil especial de la Comunidad Autónoma y el significado de «conservar», «modificar» o «desarrollar». Según el texto, el legislador constituyente indicó en el artículo 149.1.8.^a que el Estado era competente exclusivo en «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial».

La preexistencia, por consiguiente, enlaza con la imposibilidad de efectuar una determinación genérica (en el art. 148 CE) a favor de las autonomías en el terreno de la legislación civil, ya que no todas las Comunidades Autónomas disfrutaban de esa competencia (20). Y partiendo del Derecho Civil territorial existente, su conservación o mantenimiento, así como su modificación bajo la delimitación de las propias instituciones, no ofrece tanta polémica como su

(20) Desde la perspectiva del ordenamiento codificado y compilado se hablaría de Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra; pero otros territorios tenían igualmente Derecho específico, como, por ejemplo, Valencia —con base en el Derecho consuetudinario, vid. STC 121/1992, de 28 de septiembre— o Extremadura.

«desarrollo», que atiende a tesis restrictivas, eclécticas o extensivas. Las primeras, también llamadas «foralistas», interpretan que el desarrollo sólo puede establecerse sobre las normas compiladas (21). Las segundas, como posición intermedia, abogan por permitir la competencia legislativa civil no sólo respecto de instituciones ya existentes sino también de otras conexas con las anteriores (22). Por último, las terceras, denominadas «autonomistas», concluyen en la libertad de legislación siempre y cuando se excluyan materias reservadas «en todo caso» al Estado central y que enumera el citado artículo 149.1.8.^a CE, por exigencias de uniformidad en todo el territorio nacional. En cualquier caso, aunque parece indiscutible que si algo debe conservarse, modificarse o desarrollarse, ese algo debe existir, tal existencia no equivale necesariamente a una normativa compilada en el momento de promulgarse la Constitución; no se trata, en fin, del Derecho como norma positiva existente sino como ámbito de competencia normativa (23). Efectivamente, la jurisprudencia constitucional establece que «la competencia autonómica en la materia ha de entenderse más por referencia al Derecho Foral en su conjunto que a instituciones forales concretas» (24). En esta línea de análisis se manifiesta también que «la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho Civil puede dar lugar... a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico» (25).

En la tesis de las instituciones conexas, admitida por la jurisprudencia constitucional, el desarrollo del Derecho Civil foral o especial supone, tanto la conexión entre las instituciones tradicionales y las nuevas, como el respeto o fidelidad a los principios —convertidos de ese modo en una limitación legislativa intrínseca—, permitiendo, en definitiva, la actualización o innovación del Derecho Civil del territorio más allá de la normativa compilada, siempre y cuando no exista intromisión en las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a

(21) En este sentido, María Pilar FERRER VANRELL, «El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en Derecho Civil propio», en *Revista Jurídica de las Illes Balears*, núm. 2, págs. 19 y 20, nota núm. 87.

(22) En este sentido, vid. STC 88/1993, de 12 de marzo; cfr. Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, «Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», en *Iuris. Quaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pág. 37 y sigs. Respecto de la Compilación balear, vid. STC 156/1993, de 6 de mayo.

(23) Ferràn BADOSA COLL, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret Civil», en *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pág. 3 y sigs.

(24) STC 88/1993, de 12 de marzo; respecto de la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, que equiparó los hijos adoptivos a los demás, a pesar de que la compilación aragonesa carecía de precepto alguno sobre adopción.

(25) STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre ampliación de plazo de norma estatal en materia arrendaticia rústica, por parte del Parlamento gallego.

las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, o las normas para resolver los conflictos de leyes.

Resulta pacífico que el constituyente no pretendía atribuir competencia legislativa civil al parlamento autonómico —como sin embargo había hecho la Constitución Española de 1931—, pero la falta de una atribución general no ha impedido que autonomías sin Derecho Civil propio y vigente en 1978, introdujesen en sus Estatutos de Autonomía competencias legislativas, en buena medida basadas en la, por otro lado, incontestable existencia de un Derecho consuetudinario específico (Asturias, Canarias, Extremadura, Murcia o Valencia). Se confunde, no obstante, la existencia de un Derecho Civil propio —que como tal existió históricamente pero no se mantuvo hasta 1978—, con instituciones civiles o normas jurídicas escritas o consuetudinarias civiles que no lo son; por mucho que se tengan en cuenta, por ejemplo con la referencia a la costumbre en múltiples artículos del Código Civil (26). Sin que tampoco sea viable utilizar la Disposición Adicional 1.^a CE, según la cual la CE «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía» (27). Pero aunque para una determinada materia resultase definida la competencia estatal exclusiva, la ausencia de actividad legislativa del Estado —por ejemplo, en el ámbito de las uniones de hecho—, legitima la protección que la propia Comunidad Autónoma despliegue bajo los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 y sigs. CE), sea bajo una dinámica característica de la autonomía de libertad de las partes, sea bajo planteamientos cogentes. Nótese el juego del artículo 149.3 CE y el sentido de la supletoriedad general del Derecho estatal. El citado precepto indica que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado,

(26) (Sic) María Pilar FERRER VANRELL, «La Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de les Illes Balears. El reconocimiento de la competencia civil a las Comunidades Autónomas», en *Lecciones de Derecho Civil Balear* (con otros autores), Col·lecció Materials Didàctics, núm. 82, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2004, pág. 58. Aparte el artículo 1 del Código Civil español, vid., de ese mismo texto legal, los artículos 570, 587, 590, 591, 1.287, 1.520, 1.574, 1.578, 1.579, 1.580, 1695, 1.750 ó 1.799. Entiende la autora que dicha realidad no impide la legislación autonómica para determinadas materias —por ejemplo, los arrendamientos históricos valencianos— pero no bajo el título competencial del artículo 149.1.8.^a CE sino por otro, que permite contener material civil aun cuando no bajo el ropaje de una legislación civil.

(27) Cfr. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil», en *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pág. 79.

cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

En este sentido se considera que la supletoriedad es el mecanismo para colmar las insuficiencias de aplicación preferente o inmediata, y que el fundamento de la supletoriedad, por tanto, es la insuficiencia, no el conflicto de normas. Asimismo, el carácter supletorio del Derecho del Estado no tiene lugar cuando el vacío normativo autonómico es voluntario, es decir, cuando en realidad no existe ninguna laguna legal porque el legislador autonómico no ha querido acudir a una materia extraña a su Derecho Civil propio; y tampoco cuando tal supletoriedad resultase contraria a los principios que informan el ordenamiento autonómico (28). De este modo, el Derecho Común en la Comunidad Autónoma balear es el de la Compilación, mientras que el Código Civil español lo suple en tanto aquél sea un ordenamiento civil territorial temporalmente incompleto y su autointegración insuficiente en determinados aspectos; la diversidad de regulaciones concurrentes puede propiciar, si llega el caso, un conflicto de leyes regido por el artículo 16.1 del Código Civil español (en adelante CC) (29). No obstante, existe un problema preliminar a resolver, cual es la capacidad legislativa de las autonomías en el ámbito material de las parejas de hecho, y que deba recordarse que la única impugnación de inconstitucionalidad contra ese tipo de actividad fue retirada por motivos políticos (30).

Se afirma que la regulación del matrimonio es competencia exclusiva del Estado, en virtud del artículo 32.2 y 149.1.8.^a CE (31). La competencia legislativa civil de determinadas Comunidades Autónomas con Derecho propio en esta disciplina sólo se limita por la vía de la excepción —como tal de interpretación restrictiva— a unos aspectos concretos de la norma, en particular «las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Por consiguiente, siquiera apunta a las formas del matrimonio en sí mismas, para las que simplemente se establece una reserva de ley, por la que cabría vincular la competencia del Estado si concluimos que tales reservas, en la Constitución, aluden a la ley estatal y no a la ley autonómica. La jurisprudencia

(28) María Pilar FERRER VANRELL, *La Constitución...*, cit., pág. 62.

(29) María Pilar FERRER VANRELL, «La aplicación del Derecho Civil de Baleares. El sistema de integración de las normas», en *Lecciones...*, cit., pág. 78.

(30) Aparte los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas navarra y vasca en cuanto permiten la adopción por pareja homosexual, el primero promovido por diputados del Partido Popular (núm. 5297/2000), el segundo por el presidente del Gobierno en aquel entonces (núm. 5174/2003).

(31) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 106.

cia constitucional, que por conocida sobra citar, puntualiza sobre la competencia estatal en este punto, y en todo caso las normas autonómicas muestran, sin controversia formal, el convencimiento de que el Estado y sólo el Estado puede regular sobre el matrimonio como institución constitucional y civil; lo contrario habría permitido, muy posiblemente, la legislación sectorial del matrimonio homosexual al modo que ha tenido lugar en algunos Estados federales de Estados Unidos de América (32). La cuestión material, sin embargo, impone analizar si a pesar de los planteamientos formales existe una vulneración material por parte de los Derechos civiles territoriales, en el sentido que la regulación efectuada sobre las parejas de hecho esquivara total o parcialmente el régimen jurídico del matrimonio. Si así fuese, poco importaría que las Comunidades Autónomas no tuviesen competencia para legislar sobre matrimonio, hacerlo sobre las parejas de hecho ofrecería a los interesados el mismo resultado práctico, más allá de la terminología empleada para el negocio jurídico o algunos efectos que entroncan en actividad inevitablemente estatal, como por ejemplo la adquisición de nacionalidad por matrimonio.

La doctrina ha distinguido la regulación positiva de las parejas de hecho entre dos tipos de efectos, los de alcance jurídico-público o administrativo y aquellos propios del ámbito sustantivo civil o de naturaleza jurídico-privada (33). El primer grupo alcanza, en mayor o menor medida, la equiparación de las parejas de hecho con los matrimonios, en el campo de sus relaciones con las Administraciones públicas en sede territorial autonómica, como es ejemplo la Disposición Adicional 2.^a LBPE. Si ese tipo de desarrollo, bajo las propias competencias estatutarias, refiere actuaciones de los poderes públicos al margen de toda facultad legislativa en sentido propio, siquiera se plantea la idea del Derecho Civil territorial, de manera que tal bloque normativo de naturaleza administrativa es inocuo en el examen de constitucionalidad. En el segundo grupo encontramos el régimen económico y personal que deriva de la convivencia y, particularmente, del cese de la convivencia, pero es preciso distinguir según comunidades autónomas con o sin Derecho Civil propio, pues éstas con-

(32) La sentencia del Tribunal Supremo del Estado federal de Hawái, de 5 de mayo de 1993 (*Baehr vs. Lewin*) consideró discriminatorio, por razón de sexo, rechazar el matrimonio homosexual. Sin embargo, ante la realidad de que las decisiones al respecto, en cada uno de los Estados federales, obligasen a los demás a reconocer matrimonios gays que sin embargo no autorizaban en su territorio, se impulsó la *Defense of Marriage Act* (16-VII-1996), y el matrimonio heterosexual, suprimiendo con ello la posibilidad de medidas asistenciales federales a favor de la pareja homosexual al tiempo que, permitiendo el reconocimiento o rechazo, desde cualquier Estado federal, del matrimonio homosexual celebrado en otro Estado. Véase, en general, Glenda LABADIE JACKSON, «Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2006, www.indret.com.

(33) Seguiremos en este análisis la exposición de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 107 y sigs.

tienen normativas ciertamente más limitadas. En cualquier caso, aún aquéllas (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y País Vasco) plantean dudas de constitucionalidad porque regulan efectos jurídico-privados de las parejas de hecho, en tanto la competencia legislativa sobre el propio Derecho Civil, foral o especial no ofrezca suficiente cobertura para reconocer la plena validez de las leyes autonómicas con regulación sustancial civil de la pareja de hecho. Debe apuntarse inmediatamente que los pactos entre convivientes, que es la forma fundamental de regulación básica, no engendran problema alguno siempre que, como cualquier negocio jurídico, se ajusten a los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana. Por lo tanto, son perfectamente viables pactos de naturaleza patrimonial *inter vivos* o pactos sucesorios, sin necesidad de su ubicación normativa en el elenco de las leyes sobre uniones estables de pareja o uniones de hecho, o en la regulación de éstas —en la balear destacando la forma verbal (art. 4 LBPE)—, lo que deriva *ex post* el problema de la prueba. No sería posible, empero, la fórmula contractual de los capítulos matrimoniales, reservada a los cónyuges o a quienes proyecten celebrar un matrimonio (arts. 1.325 y sigs. CC) (34). Es en el ámbito subsidiario y en buena medida automático por falta de pactos donde reside el debate. No obstante, conviene mencionar que la interpretación del principio de igualdad de los cónyuges es límite a la estipulación capitular y trasciende del mismo modo al ámbito de la autonomía negocial de los miembros de una unión de hecho. Para su análisis ha de tenerse presente, en general, que el respeto a la igualdad debe ser valorado en el momento en que se formaliza el pacto, y que la autolimitación es posible, esto es, privilegiar a uno en detrimento del otro.

En el Derecho balear el régimen económico de la pareja de hecho, supletorio al pacto, es el de la separación de bienes, al igual que ocurre con el régimen económico-matrimonial rector por defecto en las islas. Asimismo, el artículo 5 LBPE también establece la necesidad de contribuir a las cargas familiares en proporción a los recursos económicos de cada miembro de la pareja, con responsabilidad subsidiaria en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro miembro para el levantamiento de las cargas familiares, y no se olvida el derecho recíproco de alimentos preferente sobre cualquier otro de carácter legal, según el artículo 6 LBPE (35). Por su parte, al margen de la

(34) Vid., en general, Javier SEOANE PRADO, «Liquidación de patrimonios comunes (Comunicación)», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 346 y sigs.

(35) En el ámbito del matrimonio y la separación de bienes balear, pero también en el contexto de la pareja de hecho, María Pilar FERRER VANRELL, *Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho Civil de Baleares*, pág. 8 y sigs. y nota 18, rechazando la introducción en el Derecho balear del concepto de cargas contenido en el Código Civil, *id.*, nota 30 en pág. 13; cfr., en este sentido, de la misma autora, «El “régimen económico” de la Ley 18/2001, de 19 de di-

supletoriedad del régimen de separación, se estructuran consecuencias económicas para la ruptura de la pareja, incluyendo la pensión periódica (art. 9 LBPE) y la compensación económica (art. 10 LBPE). Por su parte, el régimen sucesorio establecido para la pareja de hecho muestra una total equiparación con el régimen que deriva del matrimonio a vista del artículo 13 de la Compilación, al margen de la atribución expresa al supérstite del ajuar de la vivienda común, a no computar en el haber hereditario a pesar de los artículos 3.3 y 65 de la Compilación, y del derecho de subrogación en el arrendamiento de la vivienda según la legislación arrendaticia urbana (art. 12 LBPE). Desde otro punto de vista, las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio equiparan la pareja de hecho al matrimonio en instituciones como la adopción, la incapacidad, la tutela, la ausencia y el acogimiento.

Resulta, finalmente, incontrovertido concluir que, con la promulgación de la Constitución Española en 1978, las uniones de hecho no se encontraban jurídicamente reguladas en cuanto tales por ningún Derecho Civil, foral o especial, del mismo modo que tampoco lo estaban, ni lo están todavía, por el Derecho estatal. La competencia legislativa autonómica para conservar o modificar el propio Derecho Civil no cabe, pues, en tal sentido, y se debe ahondar en las posibilidades de desarrollo de ese Derecho propio, lo que a través de la tesis mayoritaria promueve analizar la conexidad de instituciones civiles ya existentes con la figura jurídica de la pareja de hecho. Un desarrollo que, además, enlaza con los también propios principios generales de cada Derecho territorial, como se ha encargado de puntualizar la jurisprudencia constitucional (36). Es clara la generalidad del fenómeno de la unión de hecho, cuyo reconocimiento social no deriva de peculiaridad alguna de unas u otras Comunidades Autónomas (37). Ahora bien, conviene no confundir el Derecho Civil propio con la idea de un Derecho peculiar o particular, acaso vinculado a instituciones jurídicas especialísimas o variopintas, pues si de eso se tratase buena parte de las legislaciones civiles autonómicas —en mayor medida aquellas más completas— no encontrarían razón de ser por cuanto sus regulaciones de la vida civil cotidiana son generales y se encuentran comúnmente desarrolladas en el Derecho Civil español; un Derecho hoy estatal que en ciertos aspectos, dicho sea, deviene deudor de construcciones jurídicas nacidas en los territorios ahora autonomías. Por su parte, hay quien considera que partiendo de la base constitucional según la cual las regulaciones de las uniones de hecho en las Comunidades Autónomas no son matrimonio, sería posible defender la adecuación a la Constitución de las mismas en tanto

ciembre, de Parejas Estables, del Parlamento balear», ensayo enviado para el *Libro Homenaje al profesor Díez-Picazo*.

(36) Por ejemplo, SSTC 88/1993, de 12 de marzo, o 156/1993, de 6 de mayo.

(37) En tal sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 123.

conceden efectos jurídicos a parejas de hecho más o menos formalizadas, donde las autonomías han podido decidir con libertad cuándo la unión de hecho podía tener atribuidos efectos semejantes al matrimonio y cuándo no, siempre respetando la Constitución y bajo las propias competencias, en algunos casos con trascendencia en el ámbito del Derecho Civil y en otros con eficacia exclusivamente administrativa (38).

La doctrina antes citada defiende, en cualquier caso, que no cabe asimilar la conexidad a la existencia de un régimen económico-matrimonial propio o un régimen sucesorio derivado del matrimonio también autónomo en determinadas Comunidades Autónomas. Y se concluye, en este sentido, que se trata de decidir si nos encontramos o no ante un matrimonio, o al menos, por similitud que no identidad entre matrimonio y pareja de hecho, ante una conducta jurídicamente relevante, propia de la voluntad personal, a la que procede atribuir determinados efectos jurídicos (económicos y sucesorios) como se atribuyen al matrimonio; el reconocimiento, en fin, de un nuevo negocio jurídico (39). Vaya por delante, en todo caso, que el inconveniente planteado por esta doctrina existiría igualmente si la regulación autonómica se limitase a establecer la libertad de pacto en la pareja de hecho, sin ningún tipo de régimen subsidiario por falta de acuerdo expreso, por el que la pareja de hecho pudiera ordenar las consecuencias económicas y sucesorias de su realidad jurídica —sin afectar, porque extralimitaría el objeto del contrato, aquellos elementos jurídicos indisponibles por someterse a una regulación legal estatal o autonómica previa y prevalente—, o incluso por acuerdo implícito, cuyo contenido podría desarrollarse en la ley autonómica de parejas de hecho, donde el consentimiento se articularía a través de una formalidad por la que dos personas deciden pasar de la unión meramente fáctica a la jurídica, lo que convertiría la forma en constitutiva y, a fin de cuentas, en un concierto expreso de voluntades que pondría en funcionamiento el contenido negocial que fuera. El problema competencial, en el modo que ha sido planteado, sería el mismo, pero no se produciría en absoluto si, bajo iguales parámetros, dos personas deciden pactar sobre determinados supuestos de hecho vinculados a su unión estable de convivencia afectiva, y bajo sujeción al Derecho Civil estatal o autonómico aplicable para el Derecho de Obligaciones en presencia.

Punto de partida ineludible se encuentra en la definición de la pareja de hecho de la que nacerá la regulación positiva autonómica, y salvo excepciones

(38) Pedro de PABLO CONTRERAS, «La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 91 y sigs.

(39) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 123.

se utiliza para ello la convivencia marital o la relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1.1 LBPE). Ahora bien, no debería dudarse que en los supuestos de convivencia de hecho que regulan las legislaciones autonómicas se atiende, precisamente, a ese tipo de vinculación afectiva y no a otra, lo que igualmente enlaza con los impedimentos para establecer la unión o la prohibición de pactos que pretendan condicionar o limitar en el tiempo la dicha convivencia, como ocurre con el artículo 45 del Código Civil (art. 4.2 LBPE), sin olvidar tampoco la existencia de un reconocimiento de la pareja de hecho a través de su inscripción en un Registro público creado al efecto. En este sentido, la inscripción es constitutiva en el Derecho balear (art. 1.1 LBPE), como formalización exigible, pero el particular no muestra, precisamente, un argumento de lógica por ser contrario al formalismo que el matrimonio contiene (40). Precisamente todo lo contrario: la pareja de hecho elige juridificar su relación de convivencia. De esa manera, es clara su voluntad de someterse a un determinado régimen normativo, desechando el matrimonio civil por los motivos que sean. En cambio, existen legislaciones territoriales en las que no es necesaria tal actuación voluntaria y expresa, como ocurre en Cataluña, de manera que quien no ha querido casarse se ve introducido en un marco normativo que quizá tampoco desee, cual es el de la pareja de hecho. Ello sí ofrece una abierta crítica al intervencionismo, porque no permite la opción del sujeto, que viene obligado por un elenco de derechos y deberes como pareja de hecho. Y mientras los primeros —los derechos— puede no ejercitarlos si así lo escoge, nada podría frente a los segundos —los deberes—, en realidad exigidos por otro. Y puede también postularse que todos dependen de los propios miembros de la pareja. Lo que ocurre en la práctica es que, al momento de la ruptura o el conflicto, parece connatural agotar todo derecho del que se disponga, activando así el deber correlacionado.

En el contenido del meritado régimen jurídico escogido reside, en cambio, el sentido de una eventual crítica ante legislaciones como la balear donde, precisamente, la propia pareja de hecho decide si quiere formar parte o no de una regulación positiva. Esto sentado, no tiene mucha lógica que la pareja de hecho prescinda del matrimonio pero acoja una situación fáctica que normativamente apenas se distingue de aquél. Dicho de otro modo, no parece admisible que quien no puede legislar sobre el matrimonio legisle sobre una nueva figura jurídica que no se diferencia con el matrimonio en sus efectos jurídicos o, incluso, mejora alguno de los inconvenientes que presenta el matrimonio en cuanto a los supuestos de extinción o disolución, por cuanto la pareja de hecho se basa únicamente en la voluntad, sin necesidad de justificación ni trámite de ningún tipo: por mero acuerdo de las partes o por matrimonio de

(40) Como expone Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 127.

cualquiera de ellas, así como por decisión unilateral de uno de los miembros con comunicación al otro (art. 8.1.b LBPE). A lo anterior se une que, dada la imposibilidad de poligamia, también, en el ámbito de la pareja de hecho, la exclusión voluntaria del matrimonio se extiende a la pareja de hecho homosexual. Con todo, los distingos efectuados a este último respecto, sobre dotar a la unión homosexual de un determinado amparo normativo —más allá del pacto patrimonial privado, siempre posible bajo los cauces habituales del Derecho de obligaciones aplicable—, cuando no cabía el matrimonio entre personas del mismo sexo, plantea el problema de base: aun sin capacidad para legislar sobre el matrimonio civil, el Derecho territorial lo hace *a simile* y permite iguales efectos, ofreciendo con ello, a las parejas homosexuales, lo que ofrecería el matrimonio que no podían celebrar. Este razonamiento decae, naturalmente, desde el momento en que el matrimonio entre personas del mismo sexo es legalmente posible.

Si lo que se persigue es la equiparación entre parejas de hecho y matrimonios, y ésta se consigue realmente para las primeras aun cuando puedan las mismas contraer matrimonio, la multiplicidad de regímenes plantea una disfunción antieconómica desde el punto de vista normativo, naturalmente dejando a un lado las pretensiones legislativas que pudieran subyacer. Se afronta, con ello, la necesidad de dividir entre pareja de hecho y matrimonio y se abren dos justificaciones que acaban por ser irreales frente a la noción de un matrimonio libre, como visión meramente contractual o voluntarista, bajo una tendencia puramente individualista (41). Esta noción no se compadece con la raigambre religioso-sacramental, pero no es contradictoria con un concepto de matrimonio que puede modularse por el legislador ordinario siempre y cuando no altere el núcleo duro que el legislador constituyente imprimió como contenido esencial del derecho constitucional a casarse, lo que tampoco significa que tal configuración constitucional no sea alterable bajo los cauces oportunos. Cabe la reforma, necesariamente consensuada por exigencias del artículo 168 CE, si bien no es necesaria la mayoría especialmente cualificada y el procedimiento especial del artículo 169 CE. La primera reside en el sentido histórico del matrimonio como institución, para muchos anclado en una construcción religiosa, en particular la canónica (42), y toda la idiosincrasia y el aparato

(41) Y esa línea de análisis es la que ofrecen las últimas reformas en materia de matrimonio con las Leyes 13 y 15/2005; cfr., sobre el concepto, Rafael NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 115; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Rialp, Madrid, 1996, pág. 24 y sigs. Véase, en general, Rafael NAVARRO VALLS, «Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 313 y sigs.

(42) El Derecho matrimonial clásico en la tradición jurídica europea es el canónico; cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad

sociológico que tal origen comporta, especialmente en cuanto a la finalidad del enlace nupcial y a la forma de disolverlo. Ahora, con un divorcio sin causa, el componente estático viene claramente relativizado, y debe atenderse a la conceptualización de sus auténticas finalidades que, como inherentes a la institución, su ausencia destruiría. Ciertamente es que si el sistema de divorcio depende de la decisión unilateral de cualquiera de las partes, no sólo se advierte un tratamiento jurídico para la extinción del vínculo, sino una reconsideración respecto a la configuración de ese mismo en el momento inicial.

Veremos que la unidad de razón, entre el matrimonio tradicional y el actual, se asimila sin demasiados inconvenientes por la pareja de hecho regulada. Y nótese que aunque la reforma de la Ley 15/2005 haya suprimido el divorcio causal, ya antes podía prescindirse del motivo tasado, por lo que el acercamiento entre matrimonio y unión de hecho ya habría tenido lugar mucho antes que la reforma aludida. Efectivamente, con anterioridad a julio de 2005 mostrar la irreversibilidad en la quiebra de la afección matrimonial justificaba la separación judicial o divorcio demandados en un sistema legal como el reformado según la Ley 30/1981, de 7 de julio, que había abandonado en gran medida la idea de separación como sanción al cónyuge culpable de la crisis matrimonial y pasó a concebirla, fundamentalmente, como un remedio para resolverla. Por tanto, dentro del primer número del antiguo artículo 81 del Código Civil no sólo podía incluirse el supuesto de que ambos cónyuges pidieran conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino también la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, los dos litigantes manifestaban recíprocamente su conformidad con la estimación del pedimento relativo a la separación, sin que se hiciera necesario para declararla insistir en quién la había provocado —si es que eso podía determinarse—, pues ello solo servía para enconar las posturas de las partes sin motivo alguno. Resultando recíproca e irreconciliable la pérdida de *affectio maritalis* entre cónyuges, algo en sí mismo incompatible con el contenido exigido en los artículos 67 y 68 del Código Civil, debía eludirse el análisis de las diferentes acusaciones que ambos se dirigieran entre sí, al menos en lo

de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 285. No obstante, el Derecho Romano, raíz de nuestro sistema jurídico, permite lecturas bien diversas a las que elaboró el Derecho Canónico, pues aun cuando parte de la diversidad del sexo de los contrayentes y de una desigualdad entre ambos a favor del hombre, carece de forma y su fundamento reside en la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii* más que la convivencia, que no tiene que ser efectiva o material sino ética, el *divortium* podía basarse —al menos hasta Justiniano— en la ausencia de consentimiento matrimonial o pérdida de la *affectio*, que se exigía continua; vid. Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Esplugues de Llobregat, 1958, pág. 547 y sigs. Y se tiende en la actualidad a esta situación de hecho, bajo un consenso durativo; cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho Privado...*, cit., pág. 287, en relación con los planteamientos de autores como FUENMAYOR, vid. su *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1981, pág. 103.

que refiere a la petición de separación matrimonial o divorcio que instaban con claridad. El motivo —en el sistema causal entonces existente— se orquestaba a través de la grave vulneración de los deberes conyugales.

La segunda justificación antes planteada se incardina en aquellos aspectos que, deducidos de una unión afectiva entre dos personas, invocan toda una suerte de exigencias que superan las posibles voluntades o decisiones personales de los convivientes o de los que fueron convivientes, en el terreno de las consecuencias de su ruptura. Y si se apuran las circunstancias justificadoras podrá advertirse que la razón última favorable al intervencionismo estatal está vinculada tanto a las situaciones matrimoniales como a las no matrimoniales, por cuanto no se basa en el matrimonio, abstractamente considerado, para arbitrar soluciones jurídicas, sino acaso en el fundamento y algunas finalidades de ese matrimonio que, como ya se adelantó, también son participadas por las uniones estables de hecho. A pesar de todo, la jurisprudencia constitucional justifica la diferenciación entre la familia matrimonial y la que no lo es, en compatibilidad con el artículo 39.1 CE (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

Sólo el primer grupo de justificaciones podría implicar una defensa constitucional del matrimonio, frente a las parejas de hecho reguladas en las distintas Comunidades Autónomas, que podrían definirse como nuevas clases de matrimonio —excluido este término de las características connotaciones religiosas—, tanto en la forma de celebración, los requisitos para ello, su contenido personal y patrimonial y sus causas de extinción, lo que conduciría a entender que la regulación jurídico-civil operada por las autonomías carece de competencia legislativa material y resulta inconstitucional (43). Nótese que, en ciertos casos, no se trata tanto de una defensa del matrimonio como institución estatal —donde finalmente reside la fuerza de la legitimidad competencial, no se olvide— respecto a sus efectos jurídicos colaterales, pues el legislador competente puede efectuar equiparaciones concretas respecto de relaciones jurídicas determinadas, más allá de las administrativo-fiscales, como en sede arrendaticia (art. 16.1.b y 24.1 LAU) o en materia de adopción (DA 3.^a de la Ley 21/1987), sin olvidar las implicaciones de la pareja de puro hecho como desencadenante de efectos en el ámbito de las relaciones económico-matrimoniales (art. 101 I i.f. CC: la convivencia marital con otra persona —hombre o mujer— pone fin a la pensión compensatoria del art. 97 CC).

Al entender de la doctrina especializada (44), las características y fines esenciales de la institución matrimonial han sido la publicidad de la relación, facilitadora del control social; la eficacia de las prohibiciones, respecto de

(43) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 128.

(44) José Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Familias no matrimoniales, uniones de hecho y conflictos jurídicos», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, págs. 18 y sigs.

menores e incapaces; la implantación de impedimentos, bajo el control genético y aparte de los tipos delictivos vinculados; el control político de la institución inserta en el Derecho Público; el aseguramiento y la garantía de la filiación «legítima»; el carácter heterosexual del matrimonio; el principio de monogamia; las formalidades sociales en la concertación del vínculo, bajo liturgias que lo publicitan aun cuando quepan las formas secretas excepcionalmente; la determinación de los derechos y obligaciones personales de los cónyuges; la regulación esencial de la economía de la familia; las previsiones referidas a la ruptura del vínculo conyugal. En gran medida, la caracterización expuesta parte de una política de la represión que, sin embargo, no impide el empuje de los matrimonios que sobre tal planteamiento habrían de definirse como anómalos, vinculándose a uniones de hecho llámeselas así, como una nueva especie de matrimonio, como concubinatos o, como hiciera el Proyecto de reforma del Código Civil español de 1895, «matrimonios de uso o por el uso». La ausencia de regulación, y en cierta medida, de matrimonio, plantea multitud de problemas en el ámbito personal, patrimonial y sucesorio, así como en las peculiaridades de la filiación o el derecho de alimentos.

El incesto se cita como ejemplo habitual vinculado a los impedimentos del matrimonio, no obstante se critica el silencio frente a ese tema al tiempo que un tratamiento legal colateral (45). Al respecto es interesante advertir, con esta doctrina, que las unidades convivenciales establecidas en la realidad social y en muchos casos contra las prohibiciones legales, a menudo cumplen una función asistencial cuyo reconocimiento legal plantea inconvenientes significativos, en particular porque el afecto, incluso sexual, se convierte en tabú. Con todo, y a pesar que el Código Civil no ofrece un concepto del matrimonio, de su regulación actual se obtienen rasgos fundamentales que sirven para su definición, sin que tampoco se obtenga homogeneidad, no obstante, en el ámbito del fundamento y la finalidad de la institución a vista del Derecho Comparado (46). Quienes aluden al mantenimiento del nombre, la forma y la inercia legal, suprimen la teleología de la institución —no sólo la del matrimonio sino también la de la familia (47)—, la ausencia o dificultad de hallar una finalidad por la que el Derecho regule pormenorizadamente múltiples aspectos personales y patrimoniales. Sin embargo, la jurisprudencia ordenada a partir del derecho a contraer matrimonio, en particular desde el

(45) Respecto del artículo 125 del Código Civil, por ejemplo, José Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Familias no matrimoniales...*, cit., pág. 19.

(46) Vid. Gabriel GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, José María Bosch ed., Barcelona, 1992, vol. I, pág. 343.

(47) Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial: comentario al artículo 45 del Código Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pág. 19.

Convención de Roma de 1950, sí alude a la idea de fundar una familia (48), aun cuando lo haga en el plano de su potencialidad objetiva o estructural, no en los casos concretos (49), con el añadido que se trata de resoluciones orientadas al matrimonio heterosexual. En este sentido, se ha puesto de manifiesto el rechazo de que una pareja homosexual pueda constituir un hogar y ser en sí misma una familia o que, más dogmáticamente, pueda tener hijos (adoptivos) o ya tenerlos alguno de sus miembros (siendo o no adoptados por el otro) y formar en sentido propio un núcleo familiar. No parece razonable negar que dicha unión favorece, consolida y estructura una institución familiar. Sin embargo todo esto no resultaría posible bajo esa línea de jurisprudencia, aun admitiendo la unión de un hombre y otro hombre operado el segundo para adquirir rasgos morfológicos de mujer ajustados a la psicología femenina que ya tenía (50).

La reforma del Código Civil llevada a cabo con la Ley 30/1981, de 7 de julio, fue un punto de inflexión relevante en esta materia. Se eliminó el impedimento de la impotencia para contraer matrimonio, y con ello acabó la vinculación institucional entre matrimonio y procreación, en el bien entendido que aquél es posible para quienes no pueden realizar los actos de los que deriva la procreación. Nótese que antes de la mencionada reforma, aun existiendo como causa de impedimento y nulidad, tal cosa no obstaculizaba el matrimonio entre sujetos impedidos para mantener relaciones sexuales (por razones físicas o psíquicas incluso desconocidas desde el punto de vista médico), ni el mantenimiento del matrimonio dadas circunstancias sobrevenidas (heridos de guerra, accidentados) por las que las relaciones sexuales dejaran de ser viables, al menos ante el fin reproductivo. A partir de cierta edad, fundamentalmente en la mujer, ya no será posible la concepción, mas no por ello se hacía imposible el matrimonio de la mujer por encima de tal edad, ni dejaba de tener razón de ser el matrimonio ya constituido cuando esa circunstancia biológica se afrontaba al pasar del tiempo. Téngase presente, además, que la diferencia de edad tampoco se vinculaba a ninguna razón impeditiva, lo que podía permitir el matrimonio entre sujetos donde la edad, por razones biológicas en el hombre o en la mujer, impidiera la concepción de ésta, e igualmente las razones sobrevenidas tampoco derivaban en un obstáculo. De otro lado, la procreación en cuanto tal, individualmente considerada más allá de la concepción biológica relacional entre la pareja conviviente, es también posible sumada a las obligaciones paternofiliales tradicionales cuando sólo uno de los cónyuges puede procrear y

(48) El matrimonio con fundamento en la familia se establece, por ejemplo, en la STEDH 17-X-1986, Rees vs. Reino Unido.

(49) La incapacidad de concepción o crianza de la prole no priva del derecho al matrimonio, como exponen las SSTEDH 11-VII-2002, Goodwin vs. Reino Unido y, de igual fecha, I. vs. Reino Unido.

(50) SSTEDH inmediatamente antecitadas.

lo hace con el fin de formar de ese modo una familia (inseminación por tercero o «madre de alquiler»), o a través de la adopción. El aspecto marcadamente físico y en particular fruto de una relación sexual entre los cónyuges asociado a la idea histórica del matrimonio pierde, por consiguiente, el verdadero significado que se anuda a la formación y protección de la familia, donde más importa el aspecto afectivo y convivencial que el meramente biológico (51). En realidad, si del fundamento basado en el amor y el afecto se tratase, debiera despejarse la típica idea de las relaciones sexuales orientadas a la procreación, normalmente asociadas a las críticas contra el sexo desprovisto de esa finalidad y que se incrustan en las concepciones tradicionales del matrimonio, parejas a las habituales críticas de que las relaciones maritales sin esos fines equiparan a los hombres y mujeres con los animales, olvidando que son estos, precisamente, los que mantienen relaciones sexuales basadas en el instinto con el único fin de la procreación. Esto es, que si se circunscribe la relación sexual a la procreación, como se ha venido haciendo en materia de matrimonio —y como argumento baluarte contra el matrimonio homosexual— se está aceptando un tipo de comportamiento característico, precisamente, de los animales irracionales, que no enriquecen la relación sexual del modo emocional y propio del desarrollo de la personalidad en el nivel que lo hace el ser humano.

En cualquier caso, teniendo presente la sistemática del artículo 39 CE —principio rector en el que el matrimonio introduce (o mejor mirado *recibe*) efectos, pero no los agota, por cuanto la protección de la familia no se reduce a la matrimonial—, no puede admitirse que la ausencia de procreación como finalidad institucional del matrimonio elimine de éste el deber o fin de la educación u otras obligaciones respecto de los efectivamente procreados o adoptados en el seno del matrimonio, del mismo modo que debe asumirse en una familia no matrimonial. Hay quien precisamente entiende lo contrario (52), al considerar que la desaparición del impedimento de impotencia suprime las finalidades de procrear, educar a la prole o incluso mantener relaciones sexuales completas durante la convivencia afectiva, lo que por cierto aporta un significado muy tradicional del sexo, cuya dimensión afectiva y amorosa —muy marcadamente en la ancianidad— no pasa necesariamente por la clásica percepción *coeundi*. Tal opción tremebunda o terminal parece o quiere desconocer que el matrimonio no es un contrato de resultado permanente. Si lo fuera, desde el momento que no cumpliera con su preten-

(51) Recuérdese que, en palabras de LEVY-STRAUSS, no hay ninguna institución o forma de vida social que esté limitada al instinto biológico: la característica del hombre es estructurar y organizar lo dado y no someterse a pretendidas tendencias innatas. Un rasgo socio-caracteriológico, por cierto, que nos diferencia del animal irracional.

(52) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 21.

dida finalidad institucional —en su momento la procreación, según la doctrina citada— perdería su legitimidad o su razón de ser, y se vaciaría conceptualmente de modo sobrevenido. La unión matrimonial procede del concurso de voluntades surgidas de una noción abstracta, la de unirse vitalmente, por lo que la diversidad de dicha comunidad de vida no puede convertir en una especie de adición libérrima y desconectada del instituto del matrimonio la descendencia (natural o adoptiva) o las relaciones sexuales (completas o no completas), en tanto en cuanto forman parte intrínseca del instituto matrimonial porque se desprenden de un modo natural de lo que significa compartir la vida con otro. No se trata, siquiera, de advertir la normalidad social —que según el autor citado incluiría la diversidad del sexo y justificaría la presunción de paternidad que perdura, tras las últimas reformas, en el art. 116 del Código Civil (53) o en los arts. 117 y 118 de ese mismo texto (54)—. La contradicción existe desde que, en el Código Civil, los efectos de los matrimonios promueven una total identidad en el terreno de la filiación —y también de las legislaciones autonómicas como la catalana— pero la Ley 13/2005, de 1 de julio, reconduce el efecto de la presunción de paternidad matrimonial sólo a los matrimonios entre personas de distinto sexo. Lo contrario plantearía la hipótesis de una especie de adopción presunta, aquella derivada del nacimiento de un hijo concebido por mujer lesbiana (por ejemplo, a través de inseminación artificial anónima) que se entiende adoptado por su esposa también lesbiana (55). Nótese que, en ese caso, si la mujer hubiera estado embarazada por un hombre, la paternidad de éste no se vería afectada, en sentido estricto, por la maternidad presunta, por adopción, de la esposa lesbiana de la madre. Y en un matrimonio contraído entre dos hombres, la salvedad efectuada por la Ley 13/2005 no habría sido necesaria, simplemente, porque sólo siendo la mujer la que puede tener hijos, jamás se plantearía una presunción paterna de uno respecto del otro cónyuge masculino, incluyendo por supuesto las hipótesis de cirugía transexual.

No es posible pretender la identificación del matrimonio a través del régimen económico-matrimonial que se forma, sobre todo si lo que se intenta es plantear la crítica por comparación con la sociedad civil partiendo de la sociedad de gananciales matrimonial, precisamente inexistente en el Derecho territorial balear o el catalán. Por otra parte, la heterogeneidad de los supuestos

(53) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 21 y notas 7 y 8.

(54) Vid., en general, José María DE LA CUESTA SÁENZ, «Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 213 y sigs.

(55) Téngase en cuenta la tendencia a la prohibición vinculada a la filiación en el terreno de las uniones de hecho, al igual que suele ocurrir en el ámbito de la adopción; en Suiza, por ejemplo, la pareja estable homosexual no puede servirse de la reproducción asistida, aunque sea viable, en general, el uso de esa técnica desde una perspectiva unilateral.

que se engloban bajo la nomenclatura unión de hecho o estable de pareja (56) permiten tanto la concepción paramatrimonial heterosexual como homosexual con voluntad de sometimiento por asimilación o bajo impedimentos transitorios (la tramitación paralela de un divorcio), como bajo decisiones claramente conscientes en contra de cualquier tipo de control social, sean basadas en posicionamientos prematrimoniales o acreedoras de experiencias previas negativas, intereses particulares (pensiones consolidadas de gente mayor que podrían perderse) o en general asentadas en creencias ideológicas o reacciones generacionales, ya no tan vinculadas a la inmodificabilidad del vínculo conyugal—cuando no existía el divorcio—pero acaso atentas a los problemas de índole procesal para supuestos de ruptura, que mediatizan seriamente la libertad formal, no tanto la material.

2.2. LA COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN SEDE PROCESAL

Establece el artículo 149.1.6.^a CE la exclusiva atribución al Estado en materia de «...legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». No hace mucho se plantearon interesantes cuestiones en el debate político. A raíz de los trabajos parlamentarios de la Disposición Final segunda de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la enmienda número 13 del GP Vasco (EAJ-PNV) (57) pretendió añadir al texto proyectado y finalmente aprobado una referencia a las posibilidades del Derecho autonómico, del siguiente modo: «...149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre las especialidades que en estos órdenes se deriven de las particularidades de su derecho sustantivo propio y de las competencias en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales y especiales». Como justificación se argumentó la mayor claridad y seguridad jurídica, teniendo en cuenta que en el artículo 149 CE se salvan expresamente las competencias autonómicas ligadas al Derecho sustantivo y el régimen de conservación, modificación y desarrollo aludido. En el Senado, la enmienda número 38 del GP de Senadores Nacionalistas Vascos (58) reiteró la número 13 planteada en el Congreso de los Diputados, con igual justificación. En el debate parlamentario se llamó atención sobre un sistema de fuentes expresamente previsto en el artículo 13 del Código Civil que se entendía necesario

(56) María Pilar FERRER VANRELL, «Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 55, 2005.

(57) BOCG (Congreso de los Diputados), A, 173-8, 6 de noviembre de 2003, pág. 35.

(58) BOCG (Senado), II, 170 (c), 2 de diciembre de 2003, pág. 33.

viera plasmación en toda norma con objeto de modificar la legislación mercantil, procesal y civil, con esa expresa previsión a la conservación, modificación y desarrollo de derechos civiles forales especiales (59). En el debate parlamentario se consideró expresamente la posibilidad o imposibilidad que las CCAA regulasen específicamente aspectos procesales (60). Para algunos la hipótesis era inviable tanto a la luz de la CE como según los EEAA, especificando, por ejemplo, que lo contemplado en el artículo 9.3 del EA de Cataluña «no son normas procesales que puedan plantearse en torno a un orden procesal o a un procedimiento, sino que son normas procesales que derivan de la propia existencia del Derecho Civil propio de una comunidad autónoma» (61). La vinculación con ese Derecho no basta; por ejemplo, la STC 127/1999, de 1 de julio, declaró contraria al orden constitucional y nula una norma de la Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, reguladora en el ámbito de montes vecinales de mano común de aspectos relativos a la Administración de Justicia y el Derecho Procesal. En cambio, en el Código Civil de Cataluña se ha modificado el régimen de reclamación de deudas derivadas de la Propiedad Horizontal, de modo que excluidas las normas materiales ofrecidas por el Estado, y que enlazaban con la petición monitoria especial (con abogado y procurador y costas procesales), se suprime la conexión procesal con una normativa más escueta y ajena a dicho planteamiento especialísimo —recordando que el Derecho catalán no admite en este punto la supletoriedad del estatal—. El supuesto no deja de ser paradójico si se recuerda cómo se consiguió la especialidad mencionada, merced al *lobby* de administradores de fincas en Cataluña.

Pero más allá de afectar el Derecho Procesal aplicable al caso a través de una regulación sustantiva, se sostiene igualmente la capacidad normativa sobre la determinación del procedimiento, aunque más que determinación del proceder pueda considerarse como asignación o atribución explícita de un tipo u otro de procedimiento según la materia propia del Derecho Civil Territorial. Esto es, un Derecho procesal autonómico por remisión al ya existente, estatal, que más allá de sus ámbitos de aplicación no se vería alterado sustancialmente. En sede de uniones de hecho, precisamente, debe dejarse a un lado que

(59) Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Sesión número 112, celebrada el 11 de noviembre de 2003, pág. 27.478 (señora URÍA ETXEBARRÍA). En puridad conviene separar el Derecho Foral del especial, por mucho que el primero sea especial con respecto al Derecho Civil común; en cualquier caso, resulta redundante hablar de «foral especial», salvo acaso para distinguir especialidades dentro de un mismo Derecho Foral.

(60) Sobre esta controversia, bajo planteamientos de Derecho Material y Derecho Procesal Orgánico y Sustantivo, vid. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2004, pág. 1085 y sigs.

(61) Señor GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Sesión celebrada el 3 de diciembre de 2003, págs. 8 y 9.

haya o no legitimidad para legislar materialmente, pues sin ésta nunca sería posible obtener la competencia procesal asociada. Teniendo esto presente, se postula que los parlamentos autonómicos que han de regular las uniones estables de pareja, regulen igualmente la forma de encauzar dichas pretensiones en el proceso (62). A lo anterior habría de añadirse la posibilidad de una articulación fuera del proceso —por ejemplo, a través del arbitraje— y la dificultad de todo ese planteamiento si se promulgase una normativa estatal sobre parejas de hecho que también abordase la cuestión procesal, planteando asimismo las disfunciones en el terreno de la igualdad no sólo entre cada una de las autonomías y sus regulaciones procesales sino entre éstas y la establecida por el Estado.

Se ha considerado que la nota de competencia exclusiva del Estado que reviste la legislación procesal conforme a la Constitución pide un intérprete, a nivel máximo, para evitar la fragmentación hermenéutica de la legalidad, que es un plano donde puede confundirse el de constitucionalidad. Y en ese sentido se opina que se asignan, con quebranto de la constitucionalidad, unas funciones que le corresponden al Tribunal Constitucional, degenerando el contenido útil del artículo 24 CE o perjudicando el valor del artículo 14 CE, cuando las infracciones de una nueva legalidad procesal carecen de intérprete unitario (63).

2.3. EL CONTEXTO JURÍDICO EN EL ESPACIO ESTATAL Y EN EL RESTO DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La regulación de las parejas de hecho ha tenido lugar de modo generalizado, tanto en Comunidades Autónomas que tenían Derecho foral o especial como en las que no, y por supuesto sobre una situación antecedente que normativamente no existía en ningún sentido, sea por compilación, por costumbre o por usos. En su virtud suele considerarse que la regulación positiva de carácter meramente administrativo no engendra problemas, pero sí lo hace cuando se introducen contenidos de Derecho Civil alejados del Derecho territorial propio; mas todo ello parte del error legislativo estatal, sin regulación de la pareja de hecho al nivel de todo el territorio nacional (64).

(62) Mercedes CASO SEÑAL, «Las uniones de hecho en la nueva LEC», en *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Manuales de Formación Continuada, núm. 17, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2001, pág. 145.

(63) JOSÉ ALMAGRO NOSETE, «Constitución y proceso civil», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 224 y sigs.

(64) (Sic) XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Privado», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 48.

En términos generales la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha aplicado las normas propias del matrimonio a las relaciones convivenciales de pareja, por considerar que los supuestos fácticos de unas y otras son distintos. En efecto, la jurisprudencia civil parte de un rechazo de la equiparación jurídica, tanto en el terreno personal como en el ámbito de regímenes económicos, entre la pareja de hecho y el matrimonio (65). Se trata de dos situaciones distintas y no equiparables, de manera que no cabe admitir para la unión de hecho el régimen económico-legal supletorio que hubiera tenido lugar de tratarse de un matrimonio. Paralelamente, y como ya hemos visto, la misma jurisprudencia intentaba responder a las situaciones críticas de la extinción de vida en pareja, respecto de quebrantos económicos de una de las partes en comparación con la otra, haciéndolo a través del instituto del enriquecimiento injusto, la mala y buena fe, el abuso de derecho, la comunidad de bienes, la sociedad irregular, la indemnización por daños y perjuicios, etc. (66). Con todo, una tendencia actual pasa por esquivar cualquier analogía entendiendo que si quien puede contraer matrimonio no lo hace, no puede luego pretender disfrutar los beneficios que del matrimonio hubiera obtenido, lo que se confirma en el terreno de la pensión compensatoria, donde la Ley 15/2005, de 8 de julio, mantiene el término «cónyuge» en el artículo 97 del Código Civil; cuestión aparte con legislaciones autonómicas específicas sobre dicha compensación en las uniones estables de pareja, y con pactos patrimoniales negociados por cualquiera bajo libre autonomía de la voluntad y extramuros toda regulación positiva de referencia, sea matrimonial o de pareja de hecho formalizada.

En efecto, al margen del tratamiento de los pactos privados, cuya validez se reconoce incluso cuando no sean expresos sino tácitos (67), debe anotarse inmediatamente que la aludida jurisprudencia civil no se ha construido en función de las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho, porque en éstas opera una equiparación total o parcial de tipo legal, en la que el órgano judicial no puede, salvo vulnerando el imperio de la ley o acaso planteando

(65) La jurisprudencia constitucional resulta a tales efectos compatible: SSTC 184/1990, de 15 de noviembre; 31/1991, de 14 de febrero; 29/1992, de 9 de marzo; 6/1993, de 18 de enero; 47/1993, de 8 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero, etc.

(66) Cfr. SSTs 13-VI-1986, 13-XII-1991, 18-V-1992, 11-XII-1992, 18-II-1993, 4-VI-1993, 27-V-1994, 20-X-1994, 24-XI-1994, 18-III-1995, 16-XII-1996, 10-III-1998, 4-VI-1998, 27-III-2001, 5-VII-2001, 16-VII-2001, 16-VII-2002, 17-I-2003. Sobre la STS de 16 de diciembre de 1996, vid. Sergio LLEBARÍA SAMPER, «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», en *Diario La Ley*, 1997-5, D-238.

(67) Apunta a dicha posibilidad del pacto la STS civil, núm. 611 de 12-IX-2005, que rechaza la técnica de prohibición de enriquecimiento injusto como principio general del Derecho y la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil cuando no se trata de matrimonio ni existe una legislación autonómica sobre parejas de hecho (en la Comunidad de Castilla y León). Las consecuencias económicas tras la ruptura pueden regirse a través del pacto privado; vid., por ejemplo, SAP de Baleares de 25-XI-1996.

cuestión de inconstitucionalidad, negar la dicha equiparación normativa de contenidos y efectos (68).

La LBPE conforma una normativa contraria al planteamiento jurisprudencial consolidado de no equiparación, tanto en el ámbito de las relaciones personales como en el terreno de las relaciones patrimoniales. Naturalmente, el pacto voluntario entre interesados permite la aplicación de un régimen económico como el matrimonial, pero sin dicho pacto no es posible la aplicación analógica de ese régimen (69). Se persigue la respuesta necesaria a través de instituciones de Derecho patrimonial, pero es clara la asimilación pretendida entre la pareja estable constituida y el matrimonio; no en vano el artículo 7.g) del Decreto 112/2002 alude a un régimen económico de la pareja similar al matrimonial, trata a la pareja viuda como si se tratase del cónyuge superviviente y utiliza el concepto de cargas familiares con un contenido sustantivo similar al propio del que deriva del matrimonio (70), así como equiparaciones a los impedimentos o a la pensión compensatoria.

3. DERECHO SUSTANTIVO

3.1. SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICO-CIVILES PRIVADAS Y LA CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTOS PRELIMINARES

Al considerar la regulación de las relaciones jurídico-privadas, especialmente las vinculadas a la familia, no cabe ocultar la enorme dificultad de adaptación del Código Civil de la época —anclado desde finales del siglo XIX— a los principios constitucionales, sea respecto del matrimonio, la filiación o las relaciones paterno-filiales, todo ello teniendo presente la impermeabilidad del régimen jurídico de la dictadura franquista, ante la evolución y cambio social que inevitablemente tenía lugar en nuestro entorno (71). La Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, recogieron por vez primera

(68) Más adelante podrá plantearse la intervención del Tribunal Supremo respecto del Derecho propio de las Comunidades Autónomas, pues el primero habría de dejar paso a los Tribunales Superiores de Justicia, pero sólo en el ámbito del Derecho Territorial, lo que ni siempre es claro y muestra un punto de colisión doctrinal importante, ni siempre se plantea, de buen principio, por faltar en muchos casos regulación autonómica en materia de unión de hecho, lo que mantiene la vía abierta del Tribunal Supremo —y sin regulación positiva sobre parejas de hecho hasta que no exista una ley estatal sobre ello— y su actual jurisprudencia.

(69) Fundamentalmente, STS de 21-X-1992 (Ar. 8589).

(70) Sobre las cargas matrimoniales y convivenciales, vid. María Pilar FERRER VANRELL, *Las cargas del matrimonio...*, cit., y *El régimen económico de la Ley 18/2001...*, cit.

(71) Eduardo SERRANO ALONSO, «La Constitución y relaciones privadas concretas. La filiación», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 139.

en el Derecho Positivo los principios de igualdad y no discriminación en todos los ámbitos de las relaciones familiares. Fue el comienzo de un nuevo Derecho de Familia, con presupuestos y efectos difícilmente relacionados con los principios que informaban el Código Civil y la jurisprudencia tradicionalmente existente. En definitiva, se rompió con la ordenación de la familia considerada en su conjunto, que no sólo confronta con dicha jurisprudencia sino también con las construcciones doctrinales preexistentes. A pesar de todo, se mantuvo la larga historia de discriminación por la orientación sexual de las personas, nada acorde con principios constitucionales como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1, 9.2, 14 y 10.1 CE). En esta línea se manifestó el legislador español a través de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, a fin de dar «cabida a las nuevas formas de relación afectiva», de manera que el matrimonio se comprende como «un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectada por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad».

La institución del matrimonio ha supuesto, durante largo tiempo, el encuadramiento de determinadas consecuencias jurídicas vedadas a supuestos de hecho idénticos salvo por la existencia de dicha institución matrimonial, tanto en el ámbito de la Seguridad Social y el Estatuto de los Trabajadores, como en el terreno del Derecho Tributario o el Código Penal, sin olvidar el ámbito de la Función pública, los arrendamientos urbanos, el *habeas corpus*, la ley del seguro o las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Igualmente la adopción, la tutela, el derecho de alimentos o el de sucesiones han visto sus desarrollos impregnados de la institución matrimonial. Se ha de valorar, en ese sentido, si la razón de ser del matrimonio es suficiente justificación para la delimitación de los efectos en otras ramas del Derecho.

Las reglas básicas de interpretación del sistema civil se configuran a través del contenido de los artículos 10 y 14 CE. Todas las normas referidas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas se interpretarán de acuerdo con los textos internacionales en vigor sobre derechos humanos (72), teniendo presente el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, constitutivos del fundamento del orden político y de la paz social del Estado, siendo la igual-

(72) Nótese, de todos modos, la relativa falacia del planteamiento, cuando nuestro sistema constitucional de libertades y derechos es superador del Derecho Internacional sobre la materia y cuando la introducción del artículo 10.2 CE venía justificada, en realidad, por un afán restrictivo y no extensivo; cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 270 y sigs.

dad en la ley y ante la ley principios clave de inevitable referencia (73). De ahí que se subraye la importancia del Título primero de la Constitución, en clave de aplicación, interpretación y positivización del Ordenamiento, consolidando un Derecho espacial previo al conflictual (74). En relación con el artículo 149.1.8.^a CE, el primer apartado del artículo 32 CE establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», mientras el segundo apartado de ese mismo precepto establece que «la ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Este planteamiento normativo supone, para muchos autores, un marco constitucional que excluye el matrimonio homosexual, si bien correctamente no se trata de un nuevo matrimonio, sino que en el único regulado en Derecho estatal la cuestión del sexo de los contrayentes deviene irrelevante: la Ley 13/2005 ha modificado, con carácter general, el concepto de matrimonio en el Derecho Civil español. Las dudas de constitucionalidad sobre la Ley 13/2005 fueron puestas de manifiesto por el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial (dictámenes de 16-XII-2004 y 26-I-2005) (75) o la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (76).

De hecho, la primera ley de uniones estables de pareja, la catalana de 1998, ya estableció en su preámbulo dicha imposibilidad por razones constitucionales, lo que planteaba la necesidad de reforma constitucional previa antes de una modificación del Código Civil en el sentido apuntado. Debe decirse, de todos modos, que la redacción literal del artículo 32.1 CE no establece una vinculación relacional ni una exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Si se atiende a su texto, es claro que podría sustituirse el redactado sin la referencia al hombre o a la mujer y no cabría alegar alteración gramatical ninguna. En efecto, «el hombre tiene derecho a contraer matrimonio...», o «la mujer tiene derecho a contraer matrimonio...». Dicho de otro modo, «el hombre y la mujer» podrían sustituirse por «la persona», mientras las referencias a la «plena igualdad jurídica» es lo cierto que nacen del vínculo entre personas de distinto sexo, en virtud de situaciones desiguallitarias para la mujer, por cierto existentes en el Código Civil vigente en 1978

(73) José María ESPINAR VICENTE, «El marco constitucional del Derecho Internacional Privado español», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 236.

(74) José María ESPINAR VICENTE, *El marco constitucional...*, cit., pág. 249 y sigs.

(75) Véase JAVIER RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo», en *Diario La Ley*, núm. 6170, de 18 de enero de 2005.

(76) Promulgada la ley se plantearon, sin éxito, diversas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de jueces encargados del Registro Civil, que resultaron inadmitidas a trámite por considerar que los mismos no ejercen la función jurisdiccional en ese ámbito registral; AATC (pleno) 505/2005 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre.

y que originaron una específica reforma legislativa contra la discriminación. Pero en ningún caso se está diciendo que el derecho a contraer matrimonio tenga que ser entre el hombre y la mujer; para ello el redactado debería ser completado, por ejemplo escribiendo que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí* con plena igualdad jurídica». Por mucho que se quiera afirmar lo contrario, el dato relacional no existe en el Texto constitucional, y sólo cabe obtenerlo en virtud de una interpretación basada en la voluntad del legislador constituyente (77); interpretación que, en puridad, no procedería cuando el sentido literal de las palabras no generase dudas sobre el contenido normativo.

Las dudas sobrevienen de la concepción socio-cultural imperante, y es claro que se resuelven en el sentido de afirmar que no existe una institución jurídicamente regulada para la unión de personas del mismo sexo biológico, «ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio *entre* hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1)» (78). Ciertamente que, simplemente acudiendo a los trabajos parlamentarios, observamos enmiendas que fueron rechazadas y pretendían, precisamente, suprimir la identificación del hombre y la mujer, lo que en el debate constituyente se anuda a una idea relacional, a la concepción de que el matrimonio debe formarse entre un hombre y una mujer y no entre dos hombres o dos mujeres (79). A ello se añade el argumento lógico y teleológico (80), pero ha de criticarse que exista un especie de velo heterosexual en la Constitución Española, en sí misma considerada, a modo de una falta de sentido o irracionalidad del matrimonio homosexual. Por otro lado, no se entiende la interpretación finalista si no se anuda a los fines del matrimonio tradicional, vinculados a la procreación o generación de la prole, lo que hace

(77) Recuérdese, en cualquier caso, la relativización de la *voluntas legislatoris*; Domingo GARCÍA BELAUNDE, *La interpretación...*, cit., págs. 26 y 27.

(78) STC 222/1994, de 11 de julio; la cursiva es nuestra.

(79) María Pilar FERRER VANRELL, «Incidencia de la modificación del Código Civil por Ley 13/2005, en las regulaciones de parejas estables», en *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Palma de Mallorca, 2007, pág. 439 y sigs.

(80) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia...*, cit., pág. 106. El autor tilda de absurda la tesis literal que utiliza la «igualdad jurídica» como la referida a que tanto hombres como mujeres pueden casarse igualmente, no entre ellos. Debe acogerse la crítica —aunque no necesariamente con el apelativo de absurda—, porque el término de comparación en el ámbito de la igualdad se establece entre el hombre con respecto a la mujer y la mujer con respecto al hombre; plano de igualdad y no discriminación por razón de sexo, no por razón de orientación sexual, que sería la utilizada para acoger la dicha tesis de igualdad jurídica. Y esta tesis carece de sentido si al mismo tiempo se sostiene la idea de que el artículo 32.1 CE no impide o prohíbe el matrimonio homosexual. El estatuto del estado matrimonial es idéntico, en fin, para el hombre y para la mujer, pues la ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los dos cónyuges, ello aparte de que la regla de igualdad no impida a los esposos, a partir de sus idénticas libertades, desiguarse pactando bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

tiempo dejó de ser válido desde el tratamiento jurídico ofrecido por el Estado. En cualquier caso, antes de su posibilidad legal, tildada de inconstitucional por algunos, se imponía al homosexual la relación de pareja de hecho porque carecía de otra opción. Ese tipo de razonamiento pierde todo sentido en la actualidad, y la diferenciación del sexo en la pareja de hecho o el matrimonio se plantea en igualdad de condiciones, lo que por cierto no deja de encerrar desequilibrios en aquellas legislaciones autonómicas —como la catalana— en que los homosexuales emparejados disfrutaban de mayores beneficios o efectos jurídicos que los heterosexuales unidos de hecho, cuando tanto aquellos como estos pueden acudir al matrimonio civil sin distingos. Obviamente, cualquier persona puede considerarse ajena al interés de toda normativización de su conducta personal, sea heterosexual u homosexual, sea por matrimonio o como pareja de hecho. Es decir, que precisamente rechace el sometimiento al Estado central y/o al autonómico, y con ello al Derecho regulador derivado, incluyendo el Derecho de Familia vinculado a la crisis, que incorpora las dificultades de la separación y el divorcio, pero que se cierne sobre situaciones de conflicto, en relación con los hijos habidos o con las controversias económicas subyacentes a la ruptura.

El matrimonio civil sin diferenciación de sexo entre sus miembros tiene lugar merced a la Ley 13/2005, ubicada en el derecho a contraer matrimonio, no obstante mantiene la diferenciación, por general inevitable, entre la unión matrimonial de los contrayentes de diferente sexo y la de los de un mismo sexo, vinculada a la presunción de la filiación matrimonial (81). Para empezar se criticó que realmente existiera una demanda social real del matrimonio homosexual, interpretando que la misma fue artificiosamente inducida a vista de las personas homosexuales existentes (¿?) o las parejas homosexuales censadas (82). Y después se ha pretendido reconsiderar la potestad de regular legislativamente el matrimonio a partir del *ius connubii*, bajo la garantía institucional del matrimonio, en tanto «institución social garantizada por la Constitución» (STC 184/1990, de 15 de noviembre), no en vano el artículo 32.1 CE, formando parte de la Sección Segunda del Título I de la Constitución, merece la protección de inalterabilidad que brinda el artículo 53.1 CE en cuanto a su

(81) Pues, aun cuando la mujer lesbiana, como la heterosexual, pueden concebir y dar a luz en el seno del matrimonio, sólo la pareja masculina podría disfrutar la presunción de paternidad, dada la imposibilidad biológica de la pareja femenina. Ejemplo de laboratorio residiría en un supuesto donde habría diversidad de sexos biológicos, y una mujer concebiría por inseminación artificial el hijo de su pareja femenina, habiendo sido ésta un hombre que depositó en un banco de espermatozoides el material biológico para la inseminación antes de ser operado en cirugía transexual y convertirse en mujer a todo efecto físico y legal, salvo el cromosómico, y casarse después con otra mujer en matrimonio gay. Posiblemente el modo presuntivo no tenga mucho sentido en el ejemplo expuesto, pero no cabe suprimirlo sin más de la hipótesis.

(82) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 17, nota 2.

contenido esencial (83). En cualquier caso vincula a todos los poderes públicos y supone un desarrollo legalmente reservado, mientras que un punto de partida para desentrañar el contenido esencial puede estar en «la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho aceptado generalmente por los juristas» y «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (84).

Ahora bien, que el matrimonio gay carezca o no del contenido esencial del matrimonio constitucional nunca podrá afectar el derecho a contraer matrimonio por parte de una pareja heterosexual. Dicho de otro modo, la razón de exclusión del primero se justifica en sí misma, en el pretendido desajuste con el núcleo duro de la institución matrimonial según la interpretación del artículo 32.1 CE, pero no perjudica directamente a quienes conservan, como hombre y mujer heterosexuales, en ese pretendido respeto al contenido esencial, la posibilidad de casarse entre sí. El razonamiento ofrecido contra esta crítica es el siguiente: la unión entre dos hombres o dos mujeres genera para todos ellos impedimento dirimente de vínculo, es decir, no pueden contraer matrimonio (heterosexual) porque han constituido primero un matrimonio homosexual

(83) En este sentido se afirma que el derecho constitucional a contraer matrimonio es un derecho *fundamental*. Pedro Pablo CONTRERAS, «La Constitución y la Ley 13/2005...», cit., pág. 65. Sin embargo, la configuración dogmática como derecho fundamental debe ser inevitablemente rechazada: pese a que, ciertamente, se incorpora en el Título I de la Constitución, titulado «De los derechos y deberes fundamentales», su específica ubicación en el Capítulo II de ese Título, denominado «Derechos y libertades», particularmente lo hace en su Sección segunda, que se encabeza como «De los derechos y los deberes de los ciudadanos» y no, a diferencia de la Sección Primera, como «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Por consiguiente, el *ius connubii* no es un derecho constitucional *fundamental*, como tampoco lo son, pese a encontrarse en el meritado Título I y en esa misma Sección Segunda del Capítulo Segundo, el derecho de propiedad o a la libertad de empresa, o los derechos al medio ambiente adecuado y derecho a una vivienda digna, igualmente englobados bajo el Título (I) «De los derechos y deberes fundamentales», pero en realidad constituidos como principios rectores de la política social y económica (Capítulo III). Nótese que, de ser el derecho del artículo 32.1 CE fundamental, su regulación o modificación habría exigido Ley Orgánica, como ordena el artículo 81.1 CE.

(84) STC 11/1981, de 8 de abril. Sobre esta resolución, vid. Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre de 1981, págs. 169 a 199. Sobre el contenido esencial en general pueden consultarse los trabajos de Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española*, Comares, Granada, 1996. Vid. también los estudios contenidos en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (Antonio LÓPEZ PINA, director), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1991; particularmente los de Pedro CRUZ VILLALÓN y Peter HÄBERLE.

impeditivo para el segundo. De hecho, si contrajeran un segundo matrimonio según el contenido esencial que se defiende del artículo 32.1 CE (el heterosexual), ese segundo matrimonio sería nulo. En definitiva, se restringe la libertad para contraer matrimonio heterosexual, «que es lo que precisa y únicamente protege la Constitución» (85). Teniendo presente el divorcio sin causa, con la Ley 15/2005, la pretendida vulneración del *ius connubii* perduraría un mínimo de tres meses; el trámite procesal para obtener el reconocimiento judicial imprescindible supondría un tiempo adicional ajeno al Derecho material. Pero en realidad, el esquema argumentativo carece de sentido lógico, porque está destinado a situaciones paradójicas y ciertamente especialísimas. Puede admitirse que, por determinadas circunstancias socio-culturales, una persona se case tradicionalmente, forme un matrimonio heterosexual e incluso tenga hijos, pero que avanzado el tiempo reconduzca su orientación sexual o simplemente reconozca la que siempre tuvo latente, homosexual. También es posible seguir la misma trayectoria a la inversa, mas el particular deviene muy poco común. Y acaba por ser abiertamente extravagante que, a fin de cuentas, se niegue el matrimonio homosexual bajo el pretexto de proteger el *ius connubii* (como heterosexual) de quien ha contraído matrimonio como gay; es decir, que la protección de este último pasaría por impedirle contraer matrimonio y así mantener abierta la puerta del matrimonio heterosexual por si cambiara de orientación sexual a ese respecto. Una construcción científica que muy fácilmente podría entenderse como una burla jurídica hacia el homosexual. En todo caso, debe respetarse el derecho a no casarse, que se ubica en un plano negativo de la vertiente afirmativa como opción (86), de manera que pretender la equiparación de la unión de hecho al matrimonio, una vez éste no discrimina por sexo, vulneraría en lo material el derecho constitucional a no casarse, en el bien entendido que quien puede hacerlo y no quiere absorbería los derechos y obligaciones típicos de la relación matrimonial.

3.2. SOBRE LAS DIFERENCIAS DE CONTENIDOS Y DERECHOS ENTRE LEGISLACIÓN ESTATAL Y LEGISLACIONES AUTONÓMICAS Y DE ÉSTAS ENTRE SÍ

El reconocimiento social de la pareja de hecho, aceptada ésta como normalidad social, se consolida a través de una normalización jurídica. Los pactos nacidos o vinculados a las uniones de hecho fueron considerados, en un primer momento, ilícitos en su causa, lo que suponía su nulidad radical (87). Sin em-

(85) Pedro DE PABLO CONTRERAS, *La Constitución y la Ley 13/2005...*, cit., pág. 75.

(86) Cfr. Víctor FERRERES COMELLA, «El principio de igualdad y el “derecho a no casarse” (a propósito de la STC 222/1992)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, IX-XII, 1994, pág. 163.

(87) Por ejemplo, STS de 2-IV-1941 (Ar. 493).

bargo, en la actualidad juegan un papel decisivo en la configuración de las estructuras jurídicas sobre uniones de hecho. Efectivamente, la validez y eficacia de los pactos establecidos es uno de los mecanismos más importantes empleados por la jurisprudencia civil para sortear la imposible equiparación entre pareja de hecho y matrimonio (88). De igual modo participa el Derecho Comunitario, donde la Recomendación 3/88, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (7-III-1988) apuntó la validez de los contratos entre personas que viven juntas como parejas no casadas, al igual que en sus disposiciones testamentarias; igualmente la Resolución 28/94, del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea. En segundo lugar se utilizó el enriquecimiento injusto o sin causa, protegiendo de ese modo al miembro de la pareja perjudicado por la situación de hecho derivada de la convivencia. De cualquier manera, se plantea lo deseable de una ley estatal sobre uniones de hecho que complete las lagunas o carencias de ese tipo de legislación en el marco autonómico (89), así como la promulgación de nuevas leyes autonómicas en los territorios donde no existan y se considere oportuna su existencia (90).

Debe recordarse que, sin la existencia del matrimonio homosexual, el planteamiento anclado en la igualdad de todos los españoles olvidaba que las parejas de hecho heterosexuales que podían, igualmente, casarse, pero decidían no hacerlo, excluían con su voluntad la lógica de la analogía pese a situaciones de verdadera semejanza. Se sostenía, entonces, que al objeto de evitar un tratamiento vulnerable del principio de igualdad, no siendo aplicable un texto autonómico concreto, era viable la analogía con el artículo 97 del Código Civil, modificando la tendencia previa que utilizaba la figura del enriquecimiento injusto: «otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles proclamado en el artículo 14 de la CE, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata

(88) Llama la atención, sin embargo, que en muchas legislaciones autonómicas (por ejemplo andaluza, asturiana, canaria, extremeña, madrileña y valenciana) exista una limitación a los pactos entre convivientes, a fin de que no perjudiquen o siquiera puedan ser eficaces frente a terceros, independientemente incluso de su inscripción, en contra de lo previsto en el Código Civil (por ejemplo, art. 1.218); en este sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia...*, cit., pág. 108. Por su parte, las autonomías con Derecho Civil propio eluden la regla de inoponibilidad frente a terceros de los pactos otorgados por los miembros de la pareja; *id.*, pág. 121.

(89) Sobre la anomia estatal, en relación con la legislación autonómica, vid. M. Esperanza GINEBRA MOLINS, «La regulación de las parejas de hecho como manifestación del “desarrollo” del Derecho Civil: la superación de la “anomia”. Un caso de trasplante jurídico», en *Estudios en Homenaje del Profesor Lluís Puig Ferriol*, Barcelona, 2005.

(90) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia...*, cit., pág. 103.

desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental como señaló la STC 216/1991, de 14 de noviembre» (91). Pero al margen de las contradicciones de este planteamiento, ante la posibilidad cierta del cauce matrimonial —aunque en ese momento limitado al enlace heterosexual—, el mismo daba por supuesta una igualdad entre aquellos ciudadanos de Comunidades Autónomas con leyes sobre las uniones de hecho, cuando ni mucho menos son las mismas uniformes en el tratamiento de los derechos para los convivientes, particularmente en el terreno de la pensión compensatoria (que no existe en Andalucía, Asturias, Madrid o Valencia) (92). Además, si bien la propia decisión individual de casarse o no hacerlo permite legítimamente sortear la desigualdad generada por el tratamiento que se dispensa a la ruptura matrimonial frente a la de la pareja de hecho, el particular mostraría un trato desigual entre quienes voluntariamente se sujetan a una legislación autonómica sobre parejas de hecho —y no al matrimonio— o deciden no hacerlo teniendo esa opción de Derecho territorial, y quienes no se encuentran en una Comunidad autónoma sin Derecho Civil propio relativo a parejas de hecho, que tampoco optan por el matrimonio pero obtienen sus fórmulas compensatorias (93).

Partiendo de la competencia estatal exclusiva del artículo 149.1.8.^a CE, la relación entre los artículos 32.1 y el 53.1 de este mismo texto fundamental asocia una garantía institucional del matrimonio que vincula a las Comunidades Autónomas, que habrían de absorber en su ordenamiento territorial los efectos de la dicha garantía: cualquier norma autonómica tendrá por unidos en matrimonio a quienes extramuros de dicha autonomía, o en su mismo territorio, hayan contraído matrimonio civil estatal bajo el rito católico, evangélico, judío o musulmán. Desconociendo la mencionada garantía institucional del matrimonio, lo que haría el legislador estatal, en su directa regulación o en los pactos confesionales con la Santa Sede en 1979 o según las leyes de 10 de noviembre de 1992 para otras confesiones, invadiría competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas (en materia del Derecho Sucesorio, de viudedad, de usufructo o económico-matrimonial) imponiéndoles soluciones que no estarían obligadas a asumir.

El Tribunal Constitucional reitera que, en atención a la naturaleza y finalidad de las leyes autonómicas sobre parejas o uniones estables de hecho, es

(91) STS civil, núm. 700, de 5-VII-2001.

(92) Mercedes CASO SEÑAL, «Regulación legal de las uniones estables de pareja en el Derecho español: estudio comparativo de las leyes autonómicas sobre la materia», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 75.

(93) Además, para aplicar correctamente la teoría desplegada por el TS en la citada sentencia de 5 de julio de 2001, debería ser objeto de exhaustivo análisis la posibilidad del justiciable reclamante de someterse a un determinado Derecho autonómico, aun sin vivir en ese territorio, dado que el ámbito de aplicación que rige las uniones legales de hecho utiliza la residencia, pero también la vecindad administrativa y la civil.

posible el trato diferente del matrimonio, institución garantizada por la Constitución, frente a otras convivenciales, sean de personas del mismo sexo o de diferente sexo entre sí (94). No obstante, con la Ley 13/2005 se opina que el legislador estatal ha atribuido iguales efectos en todo el territorio nacional a las parejas de hecho homosexuales que quieran contraer matrimonio en el respectivo ordenamiento autonómico, para cuya modificación ostentan competencia exclusiva algunas Comunidades Autónomas, pese a la eventual irrazonabilidad en el caso concreto, como se pone de manifiesto en materia de filiación (95). En dicho terreno es clara la competencia del Derecho territorial catalán, por ejemplo, que sin embargo deberá pechar con el concepto matrimonial establecido por el Estado.

3.3. ESTÁNDAR MÍNIMO EXIGIBLE Y PROTECCIONISMO ESTATAL O AUTONÓMICO

En la LBPE conviene destacar de buen principio su Disposición Adicional segunda, en la medida que equipara los derechos y obligaciones de las parejas de hecho a los establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Islas Baleares, lo que introduce inevitablemente el régimen económico-matrimonial, suponiendo con ello una cláusula abierta que impone la constante concreción de la identidad de razón, con aplicación del test de constitucionalidad.

Hace mucho que fue puesta de manifiesto la tendencia desjuridificadora del Derecho de Familia en las sociedades industriales, cuando menos en los aspectos típicamente personales de los vínculos familiares. Pero es innegable, al mismo tiempo, reconocer que en este ámbito el Derecho Civil suele fusionar muchos de sus contenidos convirtiéndolos en derecho y deber; en cierto modo los derechos se conceden para poder cumplir mejor ciertos deberes atribuidos a su titular frente a otros miembros de la familia. Precisamente es esa la razón por la que en la normativa de familia el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en el marco de sus finalidades éticas y sociales (96). En suma, no se trata de un Derecho Privado típico, sino que cobra autonomía bajo una concepción marcadamente socializadora que lo aproxima al entendimiento público, y así intervencionista, del quehacer legislativo. Y la familia es centro y atracción para dicha aproximación.

(94) SSTC 184/1990, 38/1991, 222/1992 ó 47/1993, entre otras ya citadas.

(95) Pedro DE PABLO CONTRERAS, *La Constitución y la Ley 13/2005...*, cit., pág. 92 y nota 18. El autor pone el ejemplo del artículo 68 del Fuero Navarro, donde a partir de una pareja lesbiana, el nacimiento constante matrimonio de un hijo lo convertiría en matrimonial y, con ello, legalmente existirían dos madres «biológicas».

(96) Joaquín RAMS ALBESA, sobre la obra de José Luis LACRUZ BERDEJO, «Familia y Derecho de Familia», en *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV (con otros), José María Bosch ed., Barcelona, 1997, pág. 17.

ción, comenzando por el ejemplo del artículo 39.1 CE, como principio rector de la política social y económica: «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»; encargándose el resto de apartados de ese mismo precepto de la protección de los hijos cualesquiera sea su origen y de los niños en general. A su vez, ello se encuentra enlazado tanto con otros planteamientos normativos de igual naturaleza (art. 50 CE) como con derechos constitucionales no fundamentales (art. 35.1 CE: la remuneración laboral para satisfacer las necesidades familiares) o fundamentales en sentido propio (arts. 18.1 y 27.3 CE: la intimidad familiar y la educación).

A efectos del artículo 39.1 CE y los sujetos protegibles, se subraya la importancia de constituir un núcleo duradero de relaciones, afectos y prestaciones que, si no es matrimonial, imite al creado a través del matrimonio, con igual desempeño de funciones y bajo la más o menos progresiva aceptación social que lo infunda, recordando que siendo el precepto citado y la protección integral independiente del origen familiar, y proscribiendo el artículo 14 CE cualquier tipo de discriminación, no excederían el concepto constitucional de familia las basadas en la homosexualidad de los progenitores o en la falta de parentesco biológico, lo que no impide un grado distinto de protección de las diversas familias en presencia.

Conviene aludir, también, al valor de la privacidad familiar, como elemento de juicio esencialmente democrático, pues no escapa que todas las instituciones totalitarias han pretendido y pretenden suprimirla y restringirla, de ahí la mera coacción indirecta respecto de los artículos 67 y 68 del Código Civil, que muestran la intervención pública en las relaciones personales entre los cónyuges. Mientras tanto, el derecho-función del progenitor para la crianza de los hijos elude el control estatal salvo en supuestos de abusos o ilicitudes administrativas o penales, garantizando la Constitución la autonomía familiar, el ejercicio de las funciones parentales y las relaciones paternofiliales, sólo afectadas por intervención estatal ante los eventos más graves y urgentes.

La inexistencia de una legislación estatal sobre parejas de hecho no impide que muchas situaciones de conflicto y crisis permanezcan al alcance y responsabilidad del Estado, especialmente en relación con los menores y los incapaces y respecto de las relaciones paternofiliales y tutelares que les son asociadas, bien bajo el manto de una regulación jurídica civil en sentido estricto, bien bajo la actividad normativa de naturaleza administrativa. Mientras, las propias Comunidades Autónomas, aparte de introducirse en el ámbito de la legislación civil, extensamente, lo hacen por igual, y sin dudas de legitimidad, en la vertiente que compete al Derecho público. De esta manera la actividad legislativa y ejecutiva de protección plantea multiplicidad de escenarios concurrentes, el Estatal y el autonómico, al tiempo que, la determinación de éste o aquél, no excluye la introducción de otros ordenamientos jurídicos. Y con ello, de dife-

rentes opciones en la aplicación del Derecho que pueden beneficiar o perjudicar, según el caso, a los destinatarios de las mismas.

El conflicto de normas concurrentes adolece de problemas específicos, pues frente al sistema rector del Estado —y en principio bajo competencia exclusiva de éste según el art. 149.1.8.^a CE— se delimitan los ámbitos de aplicación por parte de las leyes autonómicas atendiendo a criterios contradictorios entre sí y respecto del propio sistema común, al utilizar el domicilio de las personas tanto como la vecindad civil o la administrativa, lo que no deja de ser una norma de resolución de los conflictos de leyes que, por razones obvias, no compete a las Comunidades Autónomas. La diversidad de puntos de conexión que tales normativas producen encierra anomalías graves, pues la falta de uniformidad permite que un mismo sujeto esté llamado por varios ámbitos normativos al mismo tiempo. En la LBPE se exige que al menos uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil de las Islas Baleares para que sea de aplicación dicha norma (art. 2.2), cosa que, obviamente, permite al otro conviviente disfrutar de vecindad civil diferente (por ejemplo, la navarra o la catalana, por la que las leyes de parejas estables de estos dos territorios también serían aplicables), sin olvidar que otras legislaciones autonómicas utilizan la vecindad administrativa de al menos un miembro de la pareja (el País Vasco) y un buen número utiliza el empadronamiento o el lugar de residencia de también uno solo de los miembros de la pareja (en Extremadura, Valencia, Madrid o Andalucía) (97). Y aquellas Comunidades Autónomas en las que se exige a la pareja el cumplimiento de una misma regla para aplicar la ley, es decir, a los dos miembros que la forman (por ejemplo, el empadronamiento de ambos en el territorio de la Comunidad; Asturias, Canarias), no evitará que la vecindad civil de uno de ellos o de los dos sea de otra u otras Comunidades Autónomas (98). La solución se ofrece en el artículo 16.1 del Código Civil, con obligada marginación de las menciones que cada una de las leyes autonómicas pueda hacer al ámbito de aplicación de la propia ley, en realidad constituyéndose así como normas de conflicto interregional (99). En todo caso, quepa señalar que pretender aplicar analógicamente las normas de conflicto sobre el matrimonio (art. 9.2 CC) vulneraría la libertad de opción entre el estado civil de casado y el de soltero, como derecho constitucional claramente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y fundamento éste del orden público y la paz social (100). Para quienes sostienen que la unión de hecho supone un auténtico estatuto jurídico, como categoría familiar propia del estatuto personal y el principio de personalidad que lo informa en el Derecho Internacional Privado y en

(97) La Comunidad Autónoma de Aragón no muestra previsión en esta materia.

(98) Sólo se conoce una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 258/2003) respecto de esta materia, formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

(99) Mercedes CASO SEÑAL, *Regulación legal...*, cit., pág. 77.

(100) SSTC de 15-XI-1990, 11-XII-1992 ó 8-II-1993.

el Derecho Interregional español, sería de aplicación la *ley nacional* común de los convivientes y, en su defecto, la ley de la residencia habitual común. Mayoritariamente, sin embargo, se acoge la norma aplicable según el efecto jurídico perseguido, de manera que se estaría a la ley aplicable para las obligaciones contractuales cuando se tratase de validez y eficacia jurídica de los pactos celebrados entre compañeros o miembros de la pareja estable, lo que conduce a las figuras del contrato, la responsabilidad aquiliana o el enriquecimiento injusto, y de ese modo a los artículos 10.5 y 10.9 del Código Civil, entrando en juego las normas de conflicto de los apartados 7 y 8 del artículo 9 del Código Civil. Problema evidente que si la pretensión llevada a juicio es plural, remitiendo con ello a varias leyes, operaría un fraccionamiento nada aconsejable y por demás contrario a la voluntad legislativa autonómica, lo que además podría suponer la omisión de la ley personal o la ley de la residencia de la pareja de hecho (101).

Desde otra perspectiva hay preocupación por establecer mínimas conexiones con el país de celebración del matrimonio a fin de evitar o al menos dificultar el eventual turismo matrimonial, siendo como es España uno de los pocos países en los que se ha legislado sin prácticamente ninguna limitación sobre el matrimonio homosexual (102).

3.4. LAS DESIGUALDADES DE TRATAMIENTO ANTE SUPUESTOS DE HECHO DESIGUALES ENTRE SÍ

Obvia señalar que la pareja de hecho no es matrimonio, máximo cuando ahora cualquiera, sin diferenciar orientación sexual, puede casarse o no, de modo que quien no escoge dicha opción matrimonial no puede pretender el disfrute del régimen económico anudado a la misma. Es más, si así fuese, probablemente tomaría un punto de partida no querido, pues pudiendo escoger el matrimonio, con todas sus consecuencias, no lo hace, pero se ve abocado a las normas que regulan su realidad y consecuencias. De otro lado, dada la li-

(101) Mercedes CASO SEÑAL, *Regulación...*, cit., pág. 86.

(102) Por ejemplo, en Holanda se exige que uno de los contrayentes viva o tenga nacionalidad holandesa; cfr. Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 256. Está claro que ese punto de conexión no va a evitar la diversidad de otros establecidos en distintos países, pero a diferencia de lo que ocurre con la conflictividad normativa interna, en la internacional es relativamente sencilla la solución ante la concurrencia; vid. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de Familia. El matrimonio», en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* (con otros autores), Eurolex, Madrid, 1995, pág. 295 y sigs. Sobre los efectos jurídicos de la familia no matrimonial y las pretensiones derivadas de la unión no matrimonial, vid. *id.*, pág. 293.

bertad existente, la única discusión plausible reside en observar mayores dificultades —formales y económicas— para el casado que para el unido, en situaciones jurídicas básicamente iguales. Sin embargo, como sea que precisamente pueden modularse estas últimas por propia voluntad, a través del matrimonio o de la pareja de hecho, las situaciones de desigualdad material vendrían propiciadas por el propio sujeto que elige una u otra opción legal, o ninguna —colocándose en la pareja de hecho ajena a toda regulación normativa—, lo que impondría una conclusión evidente, la irrelevancia constitucional.

Resta, sin embargo, apuntar que el intervencionismo estatal, si se encuentra materialmente justificado, resulta ajeno a cualquier suerte de voluntades y, así, a que los sujetos se hayan casado, unido formalmente como pareja estable o establecidos en convivencia sin ningún tipo de sometimiento a normativa legal de asunción voluntaria. Ahora bien, precisamente es la unión estable de pareja, bajo la normativa autonómica, la que permite una disolución o extinción que puede reconducirse, en realidad, a la decisión unilateral y aformal. Ciertamente que esa libertad de decisión es también la manera de escindir una relación matrimonial a través del divorcio, con la única limitación temporal de un período mínimo de tres meses que, en puridad, no lo será de convivencia sino de mera formalidad, durante el cual los cónyuges no podrán casarse con otra persona —aunque sí convivir con ella—, y que podrá incrementarse mientras dure el trámite legal necesario para disolver el vínculo, el preceptivo proceso que conduce a una sentencia constitutiva, con eficacia *ex nunc*, para la que se necesita la presencia formal del otro cónyuge, acaso en paradero desconocido o domiciliado en el extranjero. El particular plantea una abierta discriminación respecto de la pareja de hecho, pues pese a la libertad de desvincular se mantiene la exigencia de una formalidad nada acorde con la incontestable realidad del motivo o razón que va a suponer la disolución por divorcio, en tanto sólo cabe un motivo de oposición al mismo, el no haber transcurrido un período de tres meses desde la celebración del matrimonio. Y a ello se suma, claro está, el coste económico existente de todo proceso civil de divorcio, que como obligado resulta ineludible.

Por otro lado, conviene subrayar que el matrimonio no sufre el impedimento de la existencia previa de una pareja de hecho, como sin embargo sí padecería ante un matrimonio previo (art. 46.2.º CC), mientras que la pareja de hecho, sustancialmente, no puede constituirse si existe otra pareja de hecho o un matrimonio. Se apunta con ello una mayor restricción en la constitución de la pareja de hecho que en el matrimonio, pues lógicamente las legislaciones autonómicas han eludido indicar que la pareja de hecho configure impedimento del matrimonio (103). En el fondo se trata, realmente, de

(103) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 126, nota 52 *in fine*. La mayor exigencia de requisitos personales para la unión de hecho, en comparación con el matrimonio, se invierte en el momento de la separación

una vicisitud o circunstancia motivada con el sentido del matrimonio o de la pareja de hecho, que es la convivencia mutua y lo que ésta puede comportar. Para el matrimonio, la existencia de una pareja de hecho no es obstáculo porque con el acto de casarse se está disolviendo la pareja de hecho —cuya causa genérica, según se ha apuntado, reside en la decisión unilateral—, por mucho que tal cosa comporte, en realidad, la ruptura de la convivencia de esa pareja de hecho y el inicio de la convivencia como matrimonio, dado que no siendo así podría dudarse de la bondad del consentimiento matrimonial, que implícitamente conlleva la voluntad de convivir. Se observa, pues, que igualmente la celebración de un matrimonio expresaría la voluntad de divorciarse del precedente, lo que, superado el período legal mínimo de existencia —no de convivencia real— de tres meses, sólo podría exigir, como ocurre en la pareja de hecho balear para poner fin a la unión de hecho, el conocimiento de quien no decide unilateralmente divorciarse. Tal cosa podría tener lugar antes o después de casarse, porque lo que importaría no sería la voluntad del otro, sino su mero conocimiento formal, subrayando que, basado el matrimonio o la pareja de hecho en un acuerdo de voluntades que pivotan sobre la convivencia afectiva, la ausencia de la convivencia ya comportaría un conocimiento implícito sobre el desacuerdo de voluntades al respecto; y que el nuevo matrimonio, como extinción tasada del anterior, ya advertiría a los terceros de la nueva realidad jurídica, a través de la pertinente inscripción en el Registro Civil. Esta manera de poner fin al matrimonio, así como aquella que consistiera, simplemente, en la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges ante autoridad registral pertinente, evitaría el coste temporal y económico que supone el proceso civil de divorcio en nuestro país. Nótese que las legislaciones autonómicas que plantean la comunicación unilateral a la pareja de la extinción de la unión de hecho, también incorporan como causa de extinción el contraer matrimonio —que no anuda ninguna comunicación

o disolución, cuando el matrimonio exige lo que para nada requiere la pareja de hecho: una sentencia civil constitutiva. Con todo, no se trata tanto que no exista un impedimento para casarse, pues evidentemente lo hay; lo que ocurre es que el impedimento en sí (la realidad convivencial previa) desaparece con el matrimonio (como ocurre en Francia con el art. 515-7 de su *Code* y el pacto civil de solidaridad; o en Alemania con la disolución *ipso iure* de la *Lebenspartnerschaft*). Sólo cuando no se disolviera de ningún modo esa unión de hecho formalizada e igualmente se contrajera matrimonio, se estaría en condiciones de decir que la pareja estable no es impedimento del matrimonio; cosa que por otra parte, si entendemos éste y aquella como inherentes a la convivencia bajo *affectio*, plantearía el sin sentido de un consentimiento matrimonial cuando menos ajeno a la fidelidad propugnada por el artículo 68 del Código Civil, y por supuesto de imposible cumplimiento si se inicia bajo la convivencia de la pareja estable de uno de los contrayentes con tercera persona. De hecho, en el Reino Unido existe una especie de matrimonio alternativo homosexual (*Civil Partnership Act* de 2004), donde tampoco la unión civil entre sujetos del mismo sexo viene establecida como impedimento para un matrimonio heterosexual —que no sería, pues, nulo o anulable por preexistir el homosexual, a la luz de la *Matrimonial Causes Act* de 1973—, no obstante la práctica del Registro Civil británico así lo considera.

fehaciente a la ex pareja—, con lo que el conviviente de hecho puede no enterarse de nada, o hacerlo sorpresivamente una vez su pareja se haya casado, por mucho que, debe suponerse, la convivencia fáctica hubiera finalizado con anterioridad.

El proceso civil sería necesario, como se verá después, a fin de regular consecuencias o efectos personales indisponibles por las partes, así como situaciones patrimoniales allí donde no exista acuerdo para ellas —igualmente viable por tratarse de materia disponible entre particulares—, y sólo restaría debatir sobre si la comunicación del fin del matrimonio al otro cónyuge debe existir formalmente, en todo caso, con anterioridad a un nuevo matrimonio a celebrar o pareja de hecho a constituir bajo determinada reglamentación autonómica, pues es obvio que la convivencia fáctica podrá existir sea cual sea la situación jurídica existente. La comunicación previa resulta útil en el ámbito de las relaciones interpersonales de los cónyuges, pero sin otra trascendencia desde que el acto unilateral de uno de ellos —sea o no contraer con otro nuevo matrimonio— adquiera publicidad *erga omnes* (104). De ese modo, y a pesar de la lógica de una falta de convivencia real también previa, la comunicación evitaría actuaciones sorpresivas que podrían tener perjudicial incidencia en el ámbito patrimonial propio del constante matrimonio, más ciertamente incardinadas en los efectos actuales de la separación matrimonial y el contenido del artículo 102 del Código Civil y no en el mantenimiento de un vínculo impeditivo para un nuevo matrimonio: si cualquiera de los dos cónyuges pudiera suprimir su matrimonio con el mero hecho jurídico de contraer otro, si alguien estuviera divorciado sin saberlo constataría el dato al ver que su nuevo matrimonio no causaría disolución del anterior, ya disuelto por divorcio y así inscrito registralmente, lo que no anuda cambio ninguno respecto de su propia y unilateral voluntad.

Recuérdese, por otra parte, que la ilicitud penal asociada al abandono de domicilio conyugal puede vincularse a las obligaciones paternofiliales (art. 226 CP) y a la alteración de residencia de hijos menores (la sustracción del art. 225 bis CP), pero en ninguno de los dos casos incorpora la necesidad de que el progenitor y sujeto activo del tipo —no necesariamente cónyuge, por demás— deba mantenerse en dicho domicilio o residencia. Con todo, no puede olvidarse que la identificación del consentimiento como matrimonial o no matrimonial está directamente relacionada con el instituto de la simulación, que persigue acabar con los matrimonios blancos o de complacencia, cuyas finalidades fraudulentas son la obtención de un permiso de residencia, la nacionalidad española o la reagrupación familiar. Por eso la Dirección General de Registros y Notariado se ha preocupado de

(104) No obstante, recuérdese que la publicidad del Registro Civil sobre matrimonios no «secretos», como accesible a «terceros», no es asimilable a la del Registro Mercantil o al de la Propiedad.

poner de relieve un concepto legal de matrimonio al que enlazar el consentir válido (105).

La jurisprudencia constitucional y ordinaria civil niegan la aplicación del principio de igualdad entre parejas matrimoniales y de hecho, pero la distinción en función del artículo 14 CE tiene lugar, en realidad, con relación a parejas meramente de hecho, no aquellas formalmente reconocidas por una ley autonómica. Esto significa que la negación de equiparación efectuada por dichas jurisprudencias no puede interpolarse sin más a las parejas de hecho reconocidas como tales por el Derecho territorial, y que transforman la naturaleza jurídica de aquellas para en verdad identificarse sustancialmente con el matrimonio civil, consideradas incluso como una clase distinta de matrimonio, separada de aquella unión de hecho que no puede encuadrarse bajo requisitos de las legislaciones autonómicas o, pudiendo hacerlo y dependiendo de la voluntad de los convivientes, no deseen estos formar parte de dicha regulación.

Así entendido, el consentimiento matrimonial pudiera tener claras similitudes con el consentimiento expreso de determinadas parejas de hecho —no, en cambio, cuando tal consentir deviene tácito por mera convivencia durante un determinado período de tiempo, como ocurre en la legislación catalana—, lo que haría difícil configurar unos efectos o consecuencias diferentes entre unos y otros sin caer en la desigualdad por razón de la formalidad en la constitución —y, sobre todo, en el cese—, y la desigualdad propia de regímenes materiales no iguales en el terreno de la relación jurídico-civil personal y patrimonial. A no ser que, precisamente, las diferencias de forma y de fondo, aun partiendo de un mismo consentimiento, se impongan porque en ese consentir ya se tiene en cuenta la diferencia de regulación positiva, deshaciendo con ello toda suerte de perjuicio relevante. El problema es que una vez concretado el acto propio no cabe ir en su contra, y quienes se conformaron como pareja de hecho, o como matrimonio, no pueden pretender el régimen del matrimonio o de la pareja de hecho, respectivamente, cuando más se acomode a sus particulares intereses sobrevenidos.

Aún conviene plantear si, barajando un mismo consentimiento y un régimen personal y patrimonial prácticamente idéntico, es razonable o tiene algún sentido material el establecimiento de diferencias en las formas, convertidas entonces en un mero obstáculo económico y temporal. Algunos autores advierten dicha situación formal como la única referencia aparentemente válida para determinar la matrimonialidad de la voluntad (106). Pues, el término «matrimonio», desprendido de sus connotaciones religiosas, tampoco impedi-

(105) Por ejemplo, la Instrucción de 31 de enero de 2006 (BOE, núm. 41, de 17 de febrero), que recaba la idea de convivir maritalmente y formar una familia como ejes básicos del matrimonio auténtico, lo que, por cierto, resulta coincidente con la noción fundamental de la pareja de hecho, sobre todo si entendemos admisible la familia sin hijos.

(106) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 40.

ría la celebración del correspondiente rito religioso con eficacia civil ordinaria —pero con mecanismos propios para su extinción (la nulidad matrimonial canónica) (107)—, según las íntimas creencias de cada cual que, por ejemplo, en el catolicismo se vierten como sacramento.

Una manera de analizar el contenido del consentimiento matrimonial estaría en estudiar las obligaciones conyugales de los artículos 67 y 68 del Código Civil. Según estos textos, «los cónyuges (antes el marido y la mujer) deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia» y «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente», añadiendo tras la reforma de 8 de julio de 2005: «deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». No se olvide que el artículo 66 del Código Civil prescribe que «los cónyuges (antes el marido y la mujer) son iguales en derechos y deberes», pero para ello —después de la Constitución— no era necesario ningún precepto civil enunciativo. Tal tipo de planteamiento se deduce sin mucho esfuerzo de la Norma Fundamental, no sólo porque la aplicación real y efectiva de la igualdad lo impondría (arts. 9.2 y 14 CE) sino porque la igualdad jurídica a la que refiere el artículo 32.2 CE se fundamenta en ello. La Ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los cónyuges, pero tampoco lo permitiría entre quienes formasen una unión estable de pareja. En uno y otro caso, y bajo la autonomía de la voluntad sin perjuicio de tercero, fraude de ley o vulneración del orden público, pueden unos y otros desigualarse mutuamente (108).

El respeto y ayuda mutuos, por un lado, y la actuación en interés de la familia, por otro, no muestran diferencias de interés con la unión estable de parejas, y aunque no traslucen directamente una vinculación afectiva, que por demás les supera en cuanto a tales, resultan plenamente compatibles con la misma, recogida profusamente por la jurisprudencia civil; no en vano mucho antes de instaurarse el divorcio sin causa ya era causa de disolución del vínculo la ausencia de la relación de afectividad entre los cónyuges. Ciertamente que esa relación de afecto —en la terminología latina *affectio maritalis*— no se identificaba en la actualidad con el significado romano clásico, pero tampoco es cierto que su vinculación con el consentimiento esquive una relación (109). En realidad, la auténtica *affectio maritalis* romana tiene mucho que ver con la obligación inherente al consentimiento matrimonial actual

(107) A pesar de la autodeslegitimación que propician reiteradas decisiones incomprensibles para el ciudadano medio, vinculadas a famosos que persiguen volver a casarse según el rito católico y precisan —y obtienen— la anulación.

(108) Joaquín RAMS ALBESA, sobre la obra de José Luis LACRUZ BERDEJO, *Familia...*, cit., pág. 30.

(109) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE se centra en el consentir como voluntad externamente manifestada en el nacimiento y la subsistencia del matrimonio romano, en relación con el *honor matrimonii*; vid. *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 25 y sigs. y nota 16.

según el artículo 67 del Código Civil, pues aquélla se centraba en el respeto y consideración debidos (110). Respeto y consideración debidos el uno para el otro, y que en un sentido amplio no pueden entenderse sin incluir la noción de ayuda mutua. Por su parte, la actuación en interés a la familia deviene preordenada con independencia del tipo de familia en cuestión, con base en las exigencias rectoras del artículo 39 CE. De ahí que, por ejemplo, el uso del que fuera domicilio familiar cuando existan hijos menores de edad venga admitiéndose por analogía con el artículo 96 del Código Civil (SSTS de 16-XI-1996 ó 10-III-1998), algo significativamente más difícil sin ellos, aunque también haya sido justificado bajo los principios generales del Derecho (STS de 10-III-1998), que en esta sede habría que vincular a la protección integral de la dignidad humana para escapar a la tesis del acto propio.

El hecho de que la ausencia de *affectio maritalis*, o la falta de intención en seguir conviviendo tal y como se consintió —con respeto y ayuda mutua y en interés de la familia—, no constituyan causa de divorcio —porque el sistema carece de causa— no cambia que el consentimiento inicial deba formularse con tales contenidos y, de no ser así, se descarte un auténtico consentimiento matrimonial (111). Es más, igualmente redundante en el consentir propio de la pareja de hecho, no en vano la regulación estatal, en materia de adopción o arrendamientos, acude a la relación de afectividad análoga a la conyugal, del mismo modo que buena parte de las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho (la balear en el art. 1 de su Ley de 2001). Hay quien interpreta tal relación afectiva como la disponibilidad sexual mutua, como característica tradicional del matrimonio (112), lo que no tiene demasiado sentido si esa misma doctrina alude al contenido sexual del matrimonio desde la supresión del impedimento de impotencia en 1981 (113). Por su parte, el carácter intocable de «la configuración objetiva de la institución» aludida por la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, resulta claro en cuanto a admitir el cambio de estructura respecto de la identificación subjetiva: de «hombre y mujer» a «cónyuges» bajo la no diferenciación de sexo. Pero es lo cierto que el aparato normativo preexistente, como parte objetiva del todo —aparte ajustes terminológicos motivados con la relación matrimo-

(110) Que era el *honor matrimonii*; sin olvidar que a diferencia del matrimonio moderno, el romano no nace del consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero; Juan IGLESIAS, *Derecho Romano...*, cit., pág. 547 y sigs.

(111) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE está en contra de que la relación de afectividad defina el matrimonio o, cuando menos, la intención de los contrayentes al consentir; *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 27. Para Pedro DE PABLO CONTRERAS, sin embargo, el consentimiento será matrimonial cuando la adhesión de la voluntad en que consiste se adecue al modelo objetivo y predeterminado de matrimonio que el Ordenamiento Jurídico ofrece a los cónyuges; *La Constitución y la Ley 13/2005...*, cit., pág. 85 y sigs.

(112) Así Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las uniones de hecho. Derecho aplicable», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, pág. 1100 y sigs.

(113) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 21.

nial gay— advierte resquicios. Uno de ellos suele vincularse a la finalidad procreadora —en orden a la creación de la familia no adoptiva— de la edad núbil, cuando en realidad el componente meramente histórico muestra el origen de la norma, atemperada por la que ahora debiera considerarse auténtica razón lógica del requisito, cual es la madurez del sujeto menor de edad pero emancipado y en su caso el siempre mayor de catorce años, donde la dispensa judicial no viene orientada a la verificación de las capacidades procreativas sino a una justa causa que igualmente suele presuponer la capacidad del menor (art. 48 CC). El requisito, así considerado, ha de funcionar de idéntica manera para la pareja homosexual, acaso más en ésta que en la heterosexual, donde la propia orientación sexual, en edades púberes, quizá no se encuentra del todo formada (114). Por otra parte, si la justificación de la edad fuera la aptitud sexual, es sabido que antes de los catorce años ya se advierte la capacidad procreativa. Y esto probablemente no se apreciaría, en cambio, con menores que quisieran contraer matrimonio homosexual. En definitiva, se trata de un consentimiento válido según las reglas generales anudadas a la madurez mental.

A lo anterior se une la idea de constituir y mantener una comunidad de vida —«vivir juntos»—, que partiendo de la intencionalidad es luego presumida por el Ordenamiento Jurídico (art. 69 CC), mientras que socorrerse mutuamente puede identificarse con la ayuda mutua del artículo 67 del Código Civil y la fidelidad refleja la perspectiva cultural monogámica que igualmente impera en toda regulación sobre parejas de hecho. De cualquier modo, las obligaciones referidas se muestran intencionales y como tal voluntarias, de modo que la decisión de quebrantarlas es perfectamente posible desde la unilateralidad (115). Esto impone distanciarse del sentido contractual habitual (art. 1.256 CC) donde «el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Pero eso no significa que pierdan el valor que ya tuvieron al momento de contraer matrimonio, o que su existencia mantenga el mismo en cuanto tal, y por ende configuren su definición, respetando de ese modo la validez contractual según el citado artículo 1.256 del Código Civil, pues el matrimonio constituido no desaparece *ex tunc* por voluntad unilateral, sino que el propio cauce de tipo contractual ya prevé una resolución unilateral, como bien existen otras en el Derecho Obligacional (por ejemplo, las de tipo condicional, en materia de arras, en el comodato, en el precario, con la opción de compra). Y salvo los supuestos de nulidad radical, la separación y el divorcio comportan efectos *ex nunc*.

(114) Aunque la identidad sexual no estaría formada tampoco como heterosexual, si lo pensamos bien.

(115) Por eso se han venido apuntando como deberes éticos, morales o sociales más que jurídicos en sentido estricto, en tanto no cabe su cumplimiento coercitivo; Federico PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, II, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 216.

El mutuo socorro cobra una dimensión patrimonial perfectamente exigible que además perdura incluso después de una ruptura, dada la existencia de una pensión compensatoria estatal, también en el régimen de la ruptura de la pareja estable balear. Y tampoco cabe dejar de lado las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias* efectuadas por tercero, o las normas generales sobre ingratitud y desheredación entre cónyuges donantes-donatarios o causantes-herederos o legitimarios, y en relación con el derecho de alimentos (art. 152.4 CC) (116). Con todo, parte de la doctrina justifica la indemnización por daños (principalmente morales) ante el incumplimiento de los deberes conyugales (117), lo que inevitablemente derivaría al reclamante la carga de la prueba del *damnum*; a su vez, exigiría el uso del artículo 1.101 o del artículo 1.902 del Código Civil, si bien este último —como paradigma de la reclamación extracontractual— chocaría con la noción de matrimonio como contrato hacedor de efectos obligacionales exigibles, al menos al nivel del resarcimiento, conectando entonces con el ilícito civil (118). Por consiguiente, la convivencia y la afectividad rectoras se plantean como elementos sustanciales de la relación, por demás comunes para la pareja de hecho y el matrimonio, aun cuando frente a ambas existan situaciones de hecho en las que se convive con afectividad pero sin juridificación, por lo que no se otorga relevancia jurídica ninguna. Para algunos tal cosa significa que no merecen protección en esa perspectiva jurídica, y que el fundamento de la misma, cuando tiene lugar, se basa en algo distinto a la convivencia y la relación de afecto (119). Lo que hay en el matrimonio, significadamente, y en la unión de hecho sometida a legislación balear, es la voluntad libre de los contrayentes, pero que por sí sola no tendría razón de ser sin todo lo anterior. Lo contrario pretendería segmentar sin más la fundamentación de las institucio-

(116) Aun cuando en algún supuesto las previsiones legales pierden sentido ante una separación o divorcio sin causa, como ocurre al referirse el citado artículo 1.343 del Código Civil a la imputación de culpa en sentencia de separación o divorcio; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 36. Igualmente cuando ante el artículo 855.1 del Código Civil no tiene lugar una separación (arts. 834 y 856 CC); cfr. Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos», en *Aranzadi Civil*, 2005-II, pág. 2055 y sigs. De todos modos, teniendo presentes las reformas de los artículos 834 y 945 del Código Civil, el mantenimiento de la causa para desheredar por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales (art. 855 CC) sería aplicable a pesar de mantenerse una convivencia; Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «Repercusiones en el ámbito del Derecho Sucesorio de las novedades legislativas en materia matrimonial», en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 209. Y la convivencia puede ser meramente espacial, pero también afectiva, por cualquier interés personal concurrente que luego no impida ejercitar dicha causa.

(117) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 37.

(118) Agustín LUNA SERRANO, sobre la obra de Francisco DE ASÍS SANCHO REBUDILLA, «El matrimonio. Celebración y efectos», en *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV (José Luis LACRUZ BERDEJO y otros), José María Bosch ed., Barcelona, 1997, pág. 30.

(119) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 45, nota 45 i.f.

nes, para aislar cada una de sus justificaciones y concluir en que por sí solas no sirven como tales, mostrando un ejercicio asistemático del Derecho, o acaso indagando en éste la existencia de una fundamentación única, siquiera principal, que pueda utilizarse. En el matrimonio y en la unión legal de hecho ni tan sólo la voluntad individualista —que en muchos casos es lo que en definitiva pretende criticarse— serviría como justificación, en el bien entendido que si el concierto de voluntad no se asocia bajo determinados requisitos, por sí mismo no valdría ni para el matrimonio ni para la pareja de hecho juridificada. Se concluiría entonces que estos institutos jurídicos carecen de justificación o fundamento, lo que sería una artificial manera de dar la espalda a su realidad y motivación jurídica, que obviamente tienen.

Téngase presente que el matrimonio, como institución constitucional garantizada o protegible en cuanto tal, incluso no asegurando «un contenido concreto y fijado de una vez por todas» sí preserva la institución «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar» (STC 32/1981). Y que igualmente viene establecida en el Derecho Internacional Público, en relación con la dignidad (120), aun cuando ni el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, ni el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, señalan explícitamente que el matrimonio deba configurarse entre un hombre y una mujer. Tampoco lo hace la redacción literal del artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó el matrimonio entre sujetos del mismo sexo biológico, aun tras cirugía transexual de uno de ellos, y concluyó en la imposibilidad (121), por mucho que luego desechase la tesis exclusivamente basada en la razón biológica (122).

De otro lado, no es cierto que la voluntad, en sí misma considerada, propicie, aun con otros requisitos en presencia, la protección o defensa del Estado o de las Comunidades Autónomas para determinadas situaciones. Contra la voluntad y pese a su ausencia, sabemos que existen situaciones de puro hecho, fundamentalmente relacionadas con menores de edad e incapacitados, que suscitan una justificación constitucional, en buena medida anclada en un concepto de familia que, como es sabido, no se limita al esquema matrimonial.

La unión de hecho bajo una determinada normativa autonómica, por ejemplo, la balear, con una formalización en el momento fundacional (art. 1.2

(120) Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

(121) SSTEDH 17-X-1986. Rees vs. Reino Unido; 27-IX-1990, Cossey vs. Reino Unido; 30-VII-1998, Sheffield y Horsham vs. Reino Unido.

(122) SSTEDH 11-VII-2002, Goodwin vs. Reino Unido; 11-VII-2002, I vs. Reino Unido.

LBPE) está formada por quien no quiere casarse y tampoco mantenerse al margen de la normativización jurídica en el terreno de los efectos de su situación libremente consentida. Por consiguiente, no resultaría lógico aplicar las normas del matrimonio a la unión legal de hecho, ni las de ésta a la unión meramente fáctica entre sujetos, sin perjuicio de que haya supuestos de hecho que reclamen el proteccionismo estatal con independencia de los requisitos legales en presencia y la voluntad a ellos vinculada de algunos de sus protagonistas. La analogía legal entre pareja de hecho formalizada y matrimonio es, pues, rechazable, en tanto ante esta panorámica legislativa penalizaría al miembro de la unión de hecho que no quiere continuar en la relación: «apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio» (SSTS de 12-IX-2005, 5-XII-2005 ó 22-II-2006). El problema de este tipo de planteamiento reside en el conocimiento del sujeto, relacionado con el principio de que el ignorante de la Ley no exime su cumplimiento, bien que aquí no existe ningún tipo de cumplimiento e invierte el axioma hacia aquel que diría que la ignorancia de la ley civil no excusa su inaplicación.

En términos generales se considera la *analogía iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho, y que en el campo de la disolución de la unión de hecho convoca la doctrina del enriquecimiento injusto (arts. 1.1, 10.9 y 1.887 CC como cláusula de cierre) (123). La compensación supone comparar situaciones patrimoniales sin exigir un concreto aumento de patrimonio pero sí la existencia de una descompensación entre personas que de no remediarse podría comportar situaciones de hecho injustas (124); descompensación que puede encontrar su origen en el desprendimiento de valores patrimoniales tanto como en la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro (125).

Por último, en relación con el matrimonio homosexual y las uniones de hecho homosexuales, la equiparación en el ámbito de la adopción no puede extenderse en todo caso, por la propia naturaleza de las cosas, a la filiación natural, salvo en determinados supuestos, ya apuntados, respecto al miembro femenino de la pareja que pueda quedar embarazado. Vinculado a ello, no es cierto que desde el punto de vista registral civil exista igualdad de derechos para los cónyuges homosexuales, a pesar de la dicción totalizadora

(123) STS civil de 12-IX-2005.

(124) Francisco Javier FORCADA MIRANDA, «Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 142.

(125) STS civil de 12-IX-2005.

del artículo 44 II del Código Civil en cuanto a «efectos» sin importar el sexo común. Superada la controversia de la filiación matrimonial misma en el terreno sustantivo, no deviene problemático aceptar la desigualdad en el ámbito del Registro Civil del mismo modo que refleje los planteamientos materiales expuestos, con independencia del mayor o menor acierto de las terminologías utilizadas para acomodar la posibilidad de dos progenitores varones o féminas. Lo que supondría un problema es no aceptar la determinación de una paternidad biológica extramatrimonial, frente a una concreción registral, por ejemplo, de dos progenitoras mujeres, A y B (matrimoniales), que convertiría a aquélla, simplemente, en C (extramatrimonial). En el bien entendido que ese particular es diferenciado de la adopción, donde el origen biológico puede suprimirse desde el punto de vista público si quien adopta no es el cónyuge. El punto de comparación desigualitario sigue residiendo, en cambio, con referencia a las uniones legales de hecho donde no exista presunción de paternidad en ese punto y la descendencia nacida de esa unión fáctica no se encuentre en igualdad de condiciones con la matrimonial, pese a la reconocida igualdad constitucional entre filiación matrimonial y no matrimonial y la protección dispensada con el artículo 39 CE.

De otra parte, es cierto que se suscitan problemas ante la ausencia en el extranjero del reconocimiento del matrimonio homosexual o de la pareja de hecho gay (126), afectando con ello las expectativas de los contrayentes o emparejados de ese modo según la legislación estatal o autonómica que corresponda. Mas no es posible achacar el problema a la mención generalista del artículo 44 II del Código Civil, cuando es otro Derecho nacional el que causaría la distorsión en función del elemento extranjero en presencia. Lo que conviene plantear es si para el Derecho español una ley extranjera que no reconozca el matrimonio gay atentaría con ello el orden público internacional (127). Y como sea que nuestro legislador ha querido regular el matrimonio homosexual en función del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad y no discriminación, según se expone en la motivación de la Ley 13/2005, hace de la institución un elemento básico del sistema matrimonial español, formando parte de su orden público internacional y defendiéndose de la aplicación de leyes extranjeras que pudiera vulnerar el *ius connubii* así planteado (128). La ley española fomenta, pues, el derecho a contraer matrimonio y por supuesto el *favor matrimonii*, contribuyendo al

(126) Cfr. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004, pág. 168 y sigs.

(127) José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005.

(128) Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español», en *Diario La Ley*, núm. 6.391, 2 de enero de 2006, pág. 1 y sigs.

desarrollo libre de la personalidad con amparo en el artículo 10.1 CE, sirviéndose en ese caso del orden público internacional frente a leyes extranjeras que no respeten dicha orientación (129).

Dejando a un lado el tratamiento procesal, que se verá a continuación, desde el punto de vista sustantivo se arbitra toda una suerte de medidas protectoras, intervencionistas, para las que no importa exista una regulación específica (del matrimonio, de la pareja de hecho, o de hipótesis en tierra jurídica de nadie) porque prevalece la protección de la familia en el sentido amplio y aún de los menores e incapacitados ajenos a dicha concepción o incluso con apoyo en la dignidad del ser humano. De hecho, la propia normativa y jurisprudencia, en el marco de otro tipo de materias, tiene en cuenta diversidad de realidades y permite equiparaciones al matrimonio mismo, como ocurre en el ámbito de los arrendamientos urbanos, indemnizaciones (130) y pensiones (131). Si a partir de tales presupuestos no existe justificación racionalizada, la propia voluntad individual, en un momento determinado en el que tiene a su alcance opciones bien concretas de regulación, puede conllevar la exclusión de cualquier norma jurídica aunque luego se pretenda lo contrario a vista del resultado de una ruptura o crisis en la situación de hecho libremente consentida. Y bajo la doctrina del no ir contra los propios actos no bastará la ignorancia del Derecho —en cuanto a desconocimiento, de las opciones que éste ofrece, en ese momento inicial donde se ejerce la voluntad con otra persona— para conseguir algún tipo de beneficio. En tales casos las uniones *more uxorio* como realidad social en crecimiento que conjuga la voluntariedad de constitución, la estabilidad y permanencia relacional en el tiempo y el espacio junto con una notoriedad o apariencia pública de la misma comunidad de vida que la matrimonial, no podrán obtener los efectos jurídicos civiles personales y patrimoniales que se ofrecen al matrimonio o a la pareja regularizada bajo requisitos de una determinada ley autonómica. No importa que la intencionalidad negocial inicial cambie drásticamente ante una situación considerada injusta por el sujeto, que buscará entonces la equiparación al régimen que en un comienzo desechó (132). Téngase presente, en cualquier caso, que la idea de una relación para toda la vida no es exclusiva del matrimonio, pues depende de una voluntad inicial que puede perdurar hasta la muerte. Sin embargo, decidir que esa perdurabilidad debe ser «ayudada» a través de toda suerte de inconvenientes u obstáculos frente a la disolución del

(129) Vid. Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, *Matrimonio...*, cit., pág. 295 y sigs.

(130) SSTC 6/1993, 47/1993, 155/1998 ó 180/2001.

(131) SSTC 66/1994, 222/1994, 39/1998, 47/2001, 77/2004 ó 174/2004.

(132) Lo que es una pretensión ilógica cuando ha venido siendo aceptada por la jurisprudencia, hasta cierto punto y bajo determinados parámetros comparativos; en cualquier caso, la pretensión era judicialmente resuelta de un modo u otro; María Pilar FERRER VANRELL, *Incidencia...*, cit., pág. 13.

vínculo o el fin de la convivencia, supone dar la espalda a la realidad que durante muchos años motivó situaciones fácticas de todo punto ajenas a los principios rectores del matrimonio constante e indisoluble que sólo vivía en el Registro Civil. Cuestión distinta que se pretenda dotar de valores morales a las decisiones humanas, de modo que las instituciones que la sociedad civil crea jurídicamente para su propia autorregulación aporten la seguridad jurídica de su estabilidad, evitando la trivialización principalmente porque la misma menoscabaría los principios esenciales en los que por otro lado se apoya la libertad del concierto de voluntades, comenzando por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (133). Se ha puesto de manifiesto, en particular, cómo se hace necesario el régimen legal de separación de bienes y una ampliación considerable de la libertad para testar a fin de introducir una visión igualitarista en el ámbito de la familia formal y la informal, sin que ese régimen económico supletorio no provoque en Baleares o Cataluña, Comunidades que lo viven, una especial desunión familiar (134).

En el plano del Derecho Internacional Privado, finalmente, a tenor de la cooperación judicial civil, sobre todo frente a las crisis matrimoniales —por virtud del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental—, los tribunales de los países que admiten el matrimonio homosexual no plantearán problema. Pero difícilmente aplicarán el citado Reglamento aquellos que no reconocen como casados entre sí a personas del mismo sexo, que por otro lado no asumirán las hipótesis de divorcio porque siquiera estarían admitiendo la condición de casado que es su presupuesto. El panorama no favorece, está claro, la movilidad in-

(133) De parecer contrario los que entienden que la estabilidad es predicable del matrimonio por encima de cualquier otra forma jurídica o fáctica existente, lo que encierra el claro paradigma sacramental que proyecta a su través un significado menos jurídico y más trascendental, religiosamente característico. En este sentido, Rafael NAVARRO VALLS indica sobre los cambios socio-jurídicos de los últimos tiempos que «han ido llevando, poco a poco, a que la monogamia y la estabilidad sean erosionadas por lo que técnicamente se denomina “poligamia sucesiva”, a través de los divorcios “al vapor”; la heterosexualidad se debilitó por las uniones homosexuales; los matrimonios “formales” se difuminaron por las uniones de hecho; la “medicalización de la sexualidad”, a través de la píldora, alteró la finalidad procreativa del matrimonio, etc.» (*Estabilidad...*, cit., pág. 315). Quepa significar, a su vez, cómo el Estado Vaticano apoya en la ONU el mantenimiento de la homosexualidad como delito, por lo que el matrimonio gay muestra una especie de doble crimen; curiosamente la legislación penal vaticana no contempla el pretendido injusto entre sus contados nacionales, acaso porque no es concebible tal acto entre ellos, como no debe serlo, por ejemplo, el del abuso de menores y la pederastia.

(134) Joaquín RAMS ALBESA, «Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 122. Añade el autor que las regiones-naciones, según la CE, son las primeras en la creación y pervivencia de empresas y explotaciones familiares.

tracomunitaria de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y las diferencias presentadas exponen un obstáculo a la libertad de circulación de personas atentatorio contra la lógica del Derecho comunitario vigente (135). Ahora bien, en tales países no habría obstáculo en contraer matrimonio sin divorcio previo, matrimonio que sin embargo no sería reconocido en los países donde, como España, se admite el matrimonio gay, dejando a un lado el delito de bigamia. A tenor del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el ciudadano comunitario tiene derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, y dicho derecho se articula en función de «las leyes nacionales que regulen su ejercicio», por lo que la española actualmente vigente permite proyectar su eficacia extraterritorial por la vía del reconocimiento mutuo evitando la distorsión de la libertad de circulación de personas (136); mostrando la Carta, además, que el contenido del matrimonio trasluce la noción de derecho constitucional de configuración legal significada. Y en este sentido no puede olvidarse que, aparte la ya citada Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 1994, la número 77 de 4 de septiembre de 2003 pidió a los Estados miembros que hicieran desaparecer todas las formas de discriminación, legislativas o *de facto*, de que todavía son víctimas los homosexuales, en particular sobre el derecho a contraer matrimonio y sobre adopción de niños, línea de actuación que ya había sido reclamada en cuanto al matrimonio gay y el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales en la Resolución de 15 de enero de 2003, del Parlamento Europeo, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Debe recordarse que en el Derecho Comparado se suele rechazar la adopción conjunta de la pareja de hecho homosexual (por ejemplo, en Alemania), no así en Cataluña, con la reforma del Codi de Família y de la Ley de parejas estables 10/1998 por Ley catalana 3/2005, y antes en Aragón (Ley 2/2004, de 3 de mayo) (137). Para acabar, debe insistirse que el cambio de perspectivas para el matrimonio, que suprime suerte alguna de discriminación por razón de sexo, potencia la necesidad de reformas para la unión de hecho en tanto carece de sentido otorgar un estatuto jurídico semejante al derivado del matrimonio si la pareja de hecho ha optado, voluntariamente, por no contraer matrimonio (138); opción, por demás, que conforma un derecho constitucional, en el aspecto o vertiente negativa del artículo 32.1 del Código Civil.

(135) Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, *Matrimonio...*, cit., pág. 308.

(136) Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, *Matrimonio...*, cit., pág. 309.

(137) Véase, en general, María Paz GARCÍA RUBIO, «La adopción por y en parejas homosexuales» en *Estudios en Homenaje del Profesor Lluís Puig Ferriol*, Barcelona, 2005.

(138) En este sentido, se apuesta por una normativa estatal de parejas de hecho que se limite a solventar cuestiones patrimoniales que puedan derivar de cualquier relación de

4. DERECHO PROCESAL

4.1. UNIFICACIÓN Y DIFERENCIACIÓN DE PROCESOS CIVILES DE FAMILIA

Respecto de alguna regulación autonómica de las parejas de hecho —por ejemplo, la catalana 10/1998 y su art. 15 (139)— podría aludirse a la creación de un procedimiento *ad hoc*. No lo habría hecho respecto del Derecho cautelar, para el que se utilizaba un artículo 134 del Código de Familia catalán que en realidad trasponía el sentido y alcance del artículo 158 del Código Civil, pero en el marco de accesoriedad que como cautela es propio y en esa época bajo un trámite principal de menor cuantía. La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) reserva al procedimiento verbal especial las acciones de separación, nulidad y divorcio y también cualesquiera otras relacionadas con el Título IV del Libro I del Código Civil (art. 770 LEC), de modo que se anuda a situaciones matrimoniales desconociendo cómo, precisamente, el propio artículo 769.3 LEC atiende a procesos cuyo objeto típico nunca podrá aparecer en el matrimonio que no ha entrado en crisis, para lo que ya se establece el contenido del artículo 769.2 LEC. En definitiva, el apartado tercero del mencionado artículo 769 alude a las uniones de hecho en crisis, a la familia no matrimonial (140), lo que resulta especialmente compatible con el hecho de que el punto de conexión competencial elude el domicilio conyugal y se enlaza al domicilio común de los progenitores, en su defecto el del demandado o el del lugar de residencia del menor a elección del actor.

Hay quien considera procedente, pese a todo, el proceso declarativo ordinario en tanto el artículo 769.3 LEC resuelve sobre la competencia pero no sobre el tipo de juicio. Y es lo cierto que se atiende al artículo 748 LEC y que la incorporación de esa norma al ámbito de aplicación del Libro IV se enumera en aquél. Su entendimiento estricto, no obstante, podría suponer una quiebra hartamente extraña a la sistemática, sobre que los foros establecidos en el Libro IV (De los procesos especiales) no sirvieran para los procesos de familia ubicados

convivencia y una revisión de la ley autonómica balear sobre la materia que se ajuste a la necesidad demandada y no se mantenga excesivamente rígida y contraria a la misma; María Pilar FERRER VANRELL, *Incidencia...*, pág. 470. La autora apunta, incluso, a desprenderse de la vinculación *more uxorio* y extender una regulación genérica como organizativa básica a cualquier tipo de convivencia fundamentada en relaciones cuasi-familiares o afectivas, incluyendo la ayuda mutua o el acogimiento de personas mayores que ya regulan algunas leyes autonómicas (como las catalanas 19/1998 y 11/2001, o la navarra 34/2002); *ídem*, pág. 472.

(139) Téngase en cuenta, a este respecto, la proposición de ley sobre aspectos procesales de la Ley catalana 10/1998, presentada sin éxito por el Grupo Parlamentario Socialista a fin de unificar los procedimientos relativos a las uniones de hecho y los de familia.

(140) En este sentido, Josep María BACHS ESTANY, «Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 195.

en ese mismo Libro (en su Título I y a pesar que no menciona los «no matrimoniales») sino a los recogidos en el Libro II (De los procesos declarativos en general), que enlazan con las normas básicas del Título II del Libro I sobre competencia y no con las especiales del mencionado Libro IV. Según como se mire, la relativa limitación del derecho a la prueba bajo el cauce procedimental del proceso especial de familia —los tiempos de diez o treinta días para la práctica de prueba y en particular de oficios en orden a obtener medios de prueba documental— podría considerarse discriminatoria para el ámbito de relaciones matrimoniales. De otro lado, el proceso declarativo ordinario no contaría, en su caso, con personal jurisdiccional especializado (en Derecho de Familia), permitiría la acumulación de todo tipo de acciones (patrimoniales principalmente) y aparte de diferencias sobre el coste del procedimiento pondría en duda la aplicación de las normas sobre la introducción temporalmente libre de hechos durante el trámite o la actividad probatoria de oficio, regulado todo ello para el procedimiento especial, no para el general (art. 752.1 LEC).

De todas maneras conviene subrayar que los artículos 748.4.º, 769.3 y 770.6.ª LEC, que permiten acomodar la problemática procesal de la familia no matrimonial, y en cierto modo la entrada de las uniones de hecho en el Libro IV de la LEC, proceden de una actividad legislativa precipitada que puede, en parte, justificar ciertas disfunciones sistemáticas y faltas de completud. Si se repasan los trámites parlamentarios de la LEC se observa que ni el Anteproyecto de 26 de diciembre de 1997 ni el Proyecto de 30 de octubre de 1998 aluden a las uniones de hecho, configuradas de ese modo como modelo de convivencia ajurídico y abocadas al peregrinaje procesal (141). Pero eso no impidió que se planteara la necesidad de regular sobre la protección a la familia por encima de la centralización del problema alrededor del matrimonio en exclusiva. Tal necesidad, por demás acomodada al artículo 39.1 CE, ya se encuentra manifestada en el Libro Blanco de la Justicia, y el propio CGPJ abogó por ello en su informe al Anteproyecto de LEC, del mismo modo en que lo hizo el Consejo de Estado. En esa línea se presentaron enmiendas al texto articulado, pero sólo permitieron la introducción de la regla sexta del artículo 770 LEC (142).

Con apoyo en la igualdad constitucional entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, en supuestos de uniones estables de pareja se permiten tanto los trámites del juicio verbal especial del artículo 770.6.º LEC como la aplicación de medidas de contenido parejo al previsto en el artículo 103 del Código Civil, así como de cualesquiera otras al amparo del artículo 158 del Código Civil. Es lo cierto que las medidas provisionales no pueden ser instrumentales de procesos no matrimoniales, esto es, de los instados por demanda de nulidad, separa-

(141) Mercedes CASO SEÑAL, *Las uniones...*, cit., pág. 144.

(142) Nos referidos al trámite en el Senado y a las enmiendas números 174, 179 y 182 propuestas por el Grupo Parlamentario Socialista.

ción o divorcio, de ahí que desde una perspectiva negativa ese tipo de medidas no cabrían para la unión estable de pareja, donde no es posible la nulidad, la separación o el divorcio. Otra cuestión es que para adoptar las medidas mencionadas en el artículo 770.6.^a LEC remita el legislador a los trámites de las medidas previas, provisionales o definitivas de los procesos matrimoniales, regulación aplicable que no debe entenderse como procesal-material sino como meramente procedimental y, obvia decir, limitada al contenido del último artículo citado: en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de estos, siendo indiferente que los progenitores hubieran o no contraído matrimonio o constituyeran o no una unión de hecho.

Las pretensiones que afectan a los hijos menores de edad (arts. 748.4 y 770.6 LEC) han venido permitiendo, en general, dos tipos de interpretaciones, una amplia —a la que cabría extender la viabilidad de procedimientos residuales—, basada en el concepto general de potestad del artículo 154 del Código Civil y en la amplitud del significado de alimentos del artículo 142 del Código Civil, en concordancia con el artículo 39 de la Constitución, que incluiría custodia, alimentos en sentido estricto, visitas y atribución de uso de la vivienda, todo ello viable en el trámite del artículo 770.6.^o LEC. Acogiendo esta tesis, que es doctrina mayoritaria, se desecha la que utiliza la literalidad de los preceptos, especialmente el término «exclusivamente» y el uso de la conjunción disyuntiva «o», que descartaría del juicio verbal especial de familia —abocando al juicio ordinario— cualquier cuestión a favor del menor distinta de la guarda y custodia en sentido estricto y la reclamación alimenticia, es decir, quedarían fuera las visitas, el régimen de patria potestad o la atribución del uso del domicilio; de hecho, incluso resultaría excluida la acumulación entre custodia y alimentos, dada la mencionada conjunción, pero mucho mayores serían los inconvenientes en el terreno cautelar, pues habría que aplicar el artículo 727.11 LEC —sin que quepan de oficio, art. 721.2 LEC— o acudir al artículo 158 del Código Civil, que remite a trámites de la jurisdicción voluntaria.

4.2. LOS EFECTOS DE LEGISLACIONES SUSTANTIVAS DISCORDANTES SOMETIDAS A UN ÚNICO SISTEMA PROCESAL NACIONAL

Cuando se trata de determinar el procedimiento para resolver aquellas pretensiones que afectan a reclamaciones relativas a la descendencia de menor edad, la literalidad supondría aplicar el artículo 770 LEC, según el artículo 748.4.^o LEC, a peticiones deducidas de reclamaciones de guarda y custodia de hijo común o pensión alimenticia para éste instada por un progenitor contra otro. Y como ya se adelantó, en sentido estricto siquiera ambas

acciones serían acumulables al servir el redactado de la norma una conjunción disyuntiva (143). El resto de pretensiones que afectasen a la descendencia común de los mencionados progenitores seguiría las reglas del juicio declarativo ordinario según el artículo 249.2 LEC, en tanto que su interés económico resultaría imposible de calcular siquiera de modo relativo. La lógica o el sentido común defiende tanto la acumulación de las acciones expresamente mencionadas como la adición de otras intrínsecamente unidas a la naturaleza jurídica de aquéllas, como el régimen de visitas, estancias, vacaciones y comunicación, el disfrute del domicilio que fuera familiar y la privación de la patria potestad (144). Sería ciertamente extravagante resolver en un procedimiento sobre la custodia de los menores y en otro sobre el régimen de visitas del progenitor no custodio, lo que por cierto establecería una especie de litispendencia material por cuanto la determinación del progenitor no custodio depende de la atribución de la guarda y custodia, de manera que la consecución del procedimiento sobre visitas tendría que ser posterior en el tiempo, abriendo un lapso temporal cuya corrección pasaría por la existencia de medidas cautelares en el primero de los trámites (¿?) o la imposibilidad de las visitas salvo merced a pactos particulares. La economía procesal sirve de fundamento último, pero la ley de ritos estructura el procedimiento, formalmente, en contrario a las exigencias materiales presentadas.

Como sea que la determinación procesal es clara, se ha buscado la justificación de otro tipo de peticiones en el concepto amplio del derecho de alimentos (art. 142 CC): sustento, habitación, vestido y asistencia médica. De ese modo, la atribución de uso de la vivienda familiar, cuyo contenido económico se relaciona directamente con la cuantificación de la pensión alimenticia, se une a ésta en el terreno de la pretensión procesal. La vinculación es artificiosa desde el momento en que es obvia la individualidad de una y otra petición, no en vano se ejercitan singularizadamente. Por último, la privación de la patria potestad se asocia al procedimiento declarativo ordinario (art. 249.2 LEC), pero hay quien entiende que la referencia del artículo 170 del Código Civil al proceso matrimonial permitiría su acumulación (145). Naturalmente, el argumento se presenta tautológico en tanto nadie discute la acumulación de acciones de familia si el proceso es matrimonial. El problema se suscita cuando sea extramatrimonial, además de que ese tipo de argumento permitiría igualmente acumular acciones civiles distintas a la privación de la

(143) (Sic) Joaquín María ANDRÉS JOVEN, «Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos (Comunicación)», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 227.

(144) Por ejemplo, Joaquín BAYO DELGADO, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *De los procesos especiales*, Manuales de Formación Continuada, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2000, pág. 663 y sigs.

(145) Entre otros, Joaquín María ANDRÉS JOVEN, *Heterogeneidad...*, cit., pág. 227.

patria potestad en la causa criminal, lo que claramente carece de sentido por la restricción subyacente al artículo 170 del Código Civil.

En el Derecho cautelar y frente a las medidas provisionales previas, coetáneas o sobrevenidas, articuladas a través de los artículos 753 y 770 LEC, se ofrece la vía ordinaria de los artículos 721 y siguientes LEC —con el inconveniente de la fianza o caución—, bajo la accesoriedad de una demanda principal ordinaria, o el cauce de la jurisdicción voluntaria de la LEC/1881 con la remisión del artículo 158 del Código Civil, sin olvidar las posibilidades del artículo 148 III del Código Civil para mayores de edad alimentistas. Se ha expuesto, a renglón seguido de este último precepto, sobre la modificación en materia penal de la Ley Orgánica 9/2002 (sustracción de menores), un nuevo ejemplo de injusticia por distinto régimen procesal legalmente establecido.

Cuando se trata de resolver peticiones en nombre de la descendencia mayor de edad conviviente, se opera un trato diferenciado de aquel en que ese descendiente reclame de sus progenitores una pensión. En el primer supuesto se parte de una situación materialmente análoga al artículo 93.2 del Código Civil —analogía acaso justificada en el sentido finalista de la protección de la familia— y en todo supuesto reconocida por la jurisprudencia en el terreno de la legitimación activa del progenitor conviviente (SSTS de 30-XII-2000 y 27-III-2001); pero no resulta claro el procedimiento aplicable. En el segundo caso se sigue el juicio verbal por razón de la materia del artículo 250.8 LEC, donde la legitimación pasiva es de todos los progenitores y la activa del hijo reclamante. No sería descabellado, por consiguiente, utilizar esa misma regla, pero cuando de la unión de hecho hayan nacido hijos que al tiempo de la ruptura son mayores y menores de edad, todos convivientes dependientes económicamente de sus progenitores, se plantearía una duplicidad de procedimientos inevitablemente conexos, aun cuando sólo lo sean a efectos de determinar conjuntamente la carga para el pagador de las pensiones alimenticias resultantes. El estudio conjunto de ambas pretensiones, en ese tipo de hipótesis donde concurren hijos mayores de edad y menores acreedores todos de pensión, pasa por flexionar el contenido del artículo 73 LEC. Según este precepto, «para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: 1.º Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal. 2.º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo. 3.º Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir». Respecto a la primera regla, es obvio que no será lo mismo en aquellos partidos judiciales con jueces de primera ins-

tancia especializados en familia y los que no, en tanto los primeros no recogen peticiones de alimentos de descendientes mayores de edad. Es lo cierto que en ciertos lugares la práctica jurisdiccional fuerza que así sea, a través de las normas de reparto (fue el caso de Palma de Mallorca), pero el particular no deja de ser una desnaturalización de la competencia objetiva (especializada) (146), de superior rango dogmático que las normas de reparto, que sólo están llamadas a distribuir los asuntos sin afectar la competencia territorial, funcional y objetiva, por mucho que se incorporen igual que las normas de competencia dentro del derecho constitucional al juez ordinario determinado por la Ley. Y no cabe duda que mientras el artículo 748.4.º y el 770 LEC acogen el declarativo especial de familia para la pensión de alimentos del menor de edad descendiente, es el ya citado artículo 250.8 LEC el que marca el proceder asignado al reclamante de la mayor edad. Y, nuevamente, la doctrina científica utiliza la tesis jurisprudencial de la equiparación motivada por la plena aplicabilidad del artículo 39.3 CE y del 108 del Código Civil. En la práctica del foro, ciertamente, tiene lugar la acumulación de acciones en su virtud. Y si simplemente deben resolverse pretensiones relativas a los miembros de la unión de hecho o compañeros, se coincide en descartar la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados de familia, allí donde existan (147), lo que ya se defendía antes de la actual legislación procesal civil (148). Hay soluciones de esta controversia a través de las normas de reparto —como ocurrió en Barcelona y nuevamente en Palma de Mallorca— pero una vez más se subvierte la regla de la competencia objetiva especializada alzaprímado la de una mera distribución de asuntos. Si se analizan las posibles reclamaciones entre compañeros, y recordando la innecesariedad de declaración judicial sobre la extinción de la pareja de hecho, acudiremos al juicio declarativo ordinario (art. 249.2 LEC) para aquel tipo de pretensiones donde el interés económico no sea susceptible de cálculo: el uso y disfrute del domicilio que fuera familiar de la pareja. Si se reclama una indemnización o compensación al otro seguiremos el trámite por razón de la cuantía, ordinario

(146) Los juzgados de familia, a través del Decreto 1322/1981, resuelven acciones judiciales sobre matrimonios y relaciones paterno-filiales u otras cuestiones de familia atribuidas por las leyes; precisando el TS (sentencia de 8-III-1993) que su competencia es delimitada y restrictiva a los artículos 42 a 107, 154 a 180 del Código Civil y otras cuestiones en materia de familia atribuidas por las leyes, lo que dicho sea, difícilmente podría entenderse entonces como leyes autonómicas, pero que terminológicamente resultaría admisible.

(147) Vicente MAGRO SERVET, «¿Cuál es el trámite procedimental de las separaciones de las parejas de hecho con o sin hijos? ¿Se interpone ante el Juzgado de Familia o ante el decanato para reparto?», en *Revista SEPIN Familia*, núm. 3, septiembre de 2001.

(148) Eduardo HUAS FERNÁNDEZ, «Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 20, Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 1997, pág. 533 y sigs.

o verbal, según se sobrepase o no el importe límite (arts. 249.2 y 250.2 LEC). Y la reclamación de pensión periódica se anudará a la naturaleza de la misma, según la legislación autonómica aplicable o el artículo 250.8 LEC como alimentos; cuando se tratase de otro concepto se volvería a analizar la cuantía reclamada —por suma de las pensiones— según el artículo 251.7 LEC (y 249.2 ó 250.2 LEC).

Por su parte, el artículo 250.4 LEC ordenaría el verbal por razón de la materia posesoria para reclamaciones sobre la atribución de uso de la vivienda familiar, si esa fuese la única acción ejercitada por el miembro de una pareja no casada. Sobre esa atribución de uso, en las uniones de hecho, vuelve a aparecer la justificación pública o intervencionista, bajo el test de constitucionalidad pertinente: protección familiar, prevalencia del matrimonio, no discriminación y racionalidad (149). Con este planteamiento, la doctrina citada identifica el matrimonio, la protección de la familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como los elementos configuradores de la protección constitucional de la pareja de hecho y su referente interpretativo tanto en la eficacia de la vida en común estable como en situaciones de crisis. En esta situación, y previamente a cualquier uso analógico del Derecho, el juez efectuará un test de igualdad y un test de razonabilidad; el primero para concluir si la diferencia de trato entre casados y solteros favorece el matrimonio o la unión de hecho injustificadamente, el segundo si la alternativa legislativa es o no es excesivamente gravosa para los solteros en relación con el favorecimiento del matrimonio. Se entiende, asimismo, que el Estado debe asegurar la protección crítica de la parte débil en la pareja de hecho que se rompe, y del mismo modo que debe velar por un reparto justo del patrimonio acumulado con el esfuerzo conjunto y ha de permitir un período corto pero razonable para el desalojo digno del no titular de la vivienda que fuera familiar, en clara consonancia con el planteamiento intervencionista frente al riesgo de la indigencia como necesidad más primigénea conectada con el artículo 10 CE (150). Y a ello se suma la consideración de los gastos de uso (suministros), conservación y mejora de la vivienda familiar como deuda y responsabilidad común de la pareja: a falta de régimen económico no matrimonial y de regulación especial en una ley autonómica, la aplicación a los gastos familiares de figuras generales como el enriquecimiento injusto o la comunidad, habrían de dejar paso a la regla de contribución proporcional basada en principios constitucionales de igualdad, más liquidación del sistema de cargas fuera de compensaciones patrimoniales en justa medida a la

(149) Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, «Algunas notas sobre las controversias sobre vivienda familiar en las uniones estables de pareja», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 311 y sigs.

(150) Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, *Algunas notas...*, cit., pág. 318.

protección de la parte más débil (151). Ninguna de estas pretensiones sería rechazada en el ejercicio reconvencional del demandado en un proceso matrimonial en el que se discuta la guarda y custodia de la prole o su pensión alimenticia (art. 770.2.^a LEC), pero se incumpliría para las uniones de hecho según las normas de la reconvención (art. 406.2 LEC), en cuanto a la falta de competencia objetiva de los juzgados de familia especializados, no en cambio si se tratase de juzgados de primera instancia sin más, que sin embargo no esquivarían otro obstáculo, este general, para el ejercicio de una acción reconvencional: no cabe si la acción que se ejercita debe ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.

En contra de la apuntada discriminación se ha utilizado el argumento formalista, según el cual uno y otro caso suponen el ejercicio de acciones diferentes; pues, en uno la separación, el divorcio o la nulidad del vínculo matrimonial —determinando la acción ejercitada el procedimiento a seguir— acumulará las acciones sobre medidas que afectan a los hijos habidos en el matrimonio; en el otro las medidas que afectan a los hijos no matrimoniales son directamente las que definen el tipo de proceso, bajo el trámite que determine la acción ejercitada y con la acumulación que tal cosa permita (152). Y se añade a lo anterior que incluso el hijo matrimonial seguirá el trámite ordinario de ejercitar la acción que deriva del artículo 158 del Código Civil, previa a cualquiera de los pleitos matrimoniales antes dichos. Sin embargo, desde la perspectiva material, y acudiendo a razones justificativas de orden constitucional, carece de lógica que la privación de la patria potestad, la atribución de la custodia, el régimen de visitas o los alimentos de hijos no matrimoniales o matrimoniales no participen de un tratamiento procesal igual a tenor del artículo 39.2 CE (153). De hecho, asociar las acciones relativas a los hijos a una pretensión de separación, divorcio o nulidad, subyuga aquellas como acciones secundarias cuando no lo son, no en vano podrían configurar pretensión civil autónoma en un proceso civil, por lo que en

(151) Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, *Algunas notas...*, cit., pág. 331 y sigs.; con cita de los trabajos de María Rosa LLÀCER MATACAS, «El règim econòmic de la parella de fet i el perjudici de tercers», y Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?», ambas en *Uniones de hecho* (con otros), Universitat de Lleida, 2000; y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1997: convivencia de hecho de una pareja heterosexual. Terminación de la convivencia. Comunidad de bienes», en *Cuadernos Civiles de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, enero-marzo de 1998, pág. 189 y sigs.

(152) Respecto de la legislación procesal precedente y su artículo 153 LEC (1881); Francisco Javier DE FRUTOS VIRSEDA, «Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4.118, 1996.

(153) Téngase presente, además, que en la anterior legislación procesal y según la distinción entre procedimientos declarativos, las peticiones seguidas respecto de hijos no matrimoniales permitían la casación y la de los matrimoniales terminaban con la apelación. La solución a esa diferencia era el ejercicio separado de la acción, para estos últimos, fuera del proceso matrimonial.

realidad sería el instituto de la acumulación que las convertiría en secundarias o meramente accesorias.

Los procedimientos de mutuo acuerdo se promueven respecto de pactos que afectan en exclusiva a la descendencia menor de edad, únicamente a los convivientes o a ambos al mismo tiempo, y que se pretenden homologar. Para los primeros sería aplicable el trámite previsto en el artículo 777 LEC, e igualmente de forma extensiva más allá de la guarda y custodia y la pensión de alimentos, siempre que se limite a los menores. Nótese que la atracción hacia el orden público se ha flexibilizado, al igual que el uso del artículo 1.814 del Código Civil sobre regulación de efectos de las crisis matrimoniales, en relación con el artículo 90 del Código Civil y sin perjuicio de la homologación judicial con intervención previa del Ministerio fiscal.

Cuando se trate en exclusiva de pactos entre compañeros, y sin que sea posible, por razones de competencia objetiva, la atracción por parte de los juzgados de familia, cabría acudir a un procedimiento declarativo ordinario o verbal e inmediatamente sea admitido a trámite presentar un acuerdo transaccional, no siendo necesario esperar a la audiencia previa (en juicio ordinario) o al juicio oral (en juicio verbal) y recordando que el demandado puede actuar el pacto homologable sin necesidad de abogado ni procurador (154). Del mismo modo, también podría allanarse el demandado, antes del plazo para contestar la demanda, para lo cual tampoco necesita abogado ni procurador. Naturalmente que, como ocurre con los procesos matrimoniales consensuales, no hay verdadera contienda. Pero nada impide reconocer la necesidad justiciable a una sentencia de fondo como título de ejecución. Del mismo modo se plantea el uso del acto de conciliación intraprocesal (arts. 460 y sigs. LEC/1981) y el trámite de la jurisdicción voluntaria (art. 1.811 LEC/1981), si bien con la dificultad en el terreno de la cosa juzgada material. Por último, cuando se advierta homologación de pactos mixtos vuelve a ser relevante el principio de economía procesal y el tratamiento unitario, y aunque la conciliación o la jurisdicción voluntaria —con preceptiva intervención judicial en cuanto a los menores— vuelven a ser planteables, lo es igualmente el trámite de la demanda principal y la vía

(154) Hay quien apunta al fraude procesal y la incoherencia, en tanto si ya hay un acuerdo inicial no tiene sentido el planteamiento contencioso de la demanda para luego transaccionar; cfr. Antonio PÉREZ MARTÍN, «Problemas más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (Comunicación)», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 261; quien plantea el convenio regulador ante notario, homologable judicialmente en cuanto a medidas afectantes a menores; *id.*, pág. 263. No cabe el argumento del trámite consensuado si el objeto litigioso es indisponible, pero como disponible las partes no necesitan del proceso para llevar a cabo sus pretensiones —pueden servirse, por ejemplo, de un contrato (art. 1.809 CC)—, pero el interés procesal que subyace es el de asegurar la ejecución forzosa en caso de incumplimiento, interés que, dadas las circunstancias, resulta perfectamente legítimo.

del artículo 777 LEC (155). Y en uno y otro supuesto se plantearían problemas de acumulación de acciones, en relación con el artículo 73.2.º LEC. No obstante, el sentido teleológico de las reglas de acumulación, caracterizadas en cuanto a los procesos especiales por la materia en aras del mecanismo de protección procesal, no parece que muestren auténticos obstáculos cuando la acumulación es planteada en el juicio ordinario.

Conviene, finalmente, mencionar la posibilidad del *bad forum shopping* cuando, pese a la legislación autonómica como propia del Derecho Civil territorial y así vinculada al Tribunal Superior de Justicia balear, permita el pleito en el que se introduzcan normas estatales —por ejemplo, asociadas a mínimos intervencionistas o en función de supletoriedad concreta por incompletud de la norma autonómica— y suprima la casación foral por la estatal. No es posible, sin embargo, extenderse sobre el particular, aunque genere nuevas concurrencias en el campo de la desigualdad de trato de incidencia procesal, vinculado a las competencias para legislar (156).

4.3. LAS HIPÓTESIS DE NORMATIVAS PROCESALES DIVERGENTES FRENTE A LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL O FORAL SOBRE EL PROCESO PRÁCTICO

Con aplicación del procedimiento del artículo 770 LEC para el pleito principal contencioso y el del artículo 777 para el consensual, queda fuera de su ámbito la división de la cosa común y demás acciones patrimoniales, a modo de ejemplo las declarativas de dominio de bienes determinados, las de resarcimiento por mayor contribución a su adquisición, las indemnizatorias de perjuicio, etc. La legislación autonómica civil permite advertir diferencias significativas en este punto, aunque solamente para la pareja no matrimonial, en tanto los cónyuges puedan dividir la cosa común en el mismo juicio matrimonial, por ejemplo, en Cataluña (art. 76.3 del Código de Familia). Y se plantea con ello no sólo la desigualdad en esta última Autonomía respecto de las uniones de hecho que ventilen en el procedimiento verbal especial de familia cuestiones relativas a los hijos, sino que en el plano de las uniones matrimoniales se diferencia la regla procesal sobre admisión de acumulación de acciones entre Cataluña (donde es posible) y el resto de España (donde no). La legislación autonómica balear de la unión de hecho se limita a regular el ejercicio de las acciones civiles sobre pensión periódica (art. 9.1),

(155) Para algunos la solución más justa; Antonio PÉREZ MARTÍN, *Problemas procesales...*, cit., pág. 263.

(156) Sobre la elección de tribunal en el ámbito de la Administración de Justicia autonómica, vid. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *L'Oficina judicial a Catalunya. Mitjà real d'una Justícia eficaç pel ciutadà del segle XXI*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2008, pág. 41 y nota núm. 86.

su modificación (art. 10.3) más la compensación económica (art. 9.2), con sus plazos (art. 8.1 y 10.1), lo que no es propiamente naturaleza procesal. Resulta innecesario reiterar lo ya dicho sobre divergencias teniendo en cuenta la nula actividad procesal o de incidencia procesal de la legislación balear sobre la unión de hecho en el proceso, por lo que con independencia que exista dicha capacidad los problemas se vierten genéricamente en comparación con la legislación estatal del matrimonio y la ausencia de normativización de esa legislación para las uniones de hecho.

4.4. CONCLUSIONES SOBRE IGUALDAD ANTE LA LEY

Para algunos autores no debe existir tratamiento desigual para algo que es igual en esencia, en particular la convivencia entre hombre y mujer y las consecuencias personales y patrimoniales que de ello derivan (157). Pero la analogía, que claramente ha sido excluida, al fin y al cabo, del tratamiento sustantivo de la pareja de hecho, igualmente se confronta a situaciones que, cuando menos por la propia decisión de los interesados en el plano del Derecho material, no deben equipararse. En ese sentido la negación radica en la ausencia de identidad de razón entre el supuesto contemplado por la ley (el matrimonio) y el no contemplado desde la perspectiva procesal (la unión estable de pareja) (158). El voluntarismo individual, que permite justificar la diferencia de tratamiento material y procesal, no debe sin embargo verter en perjuicio de intereses dignos de protección como ocurre, por ejemplo, respecto de los menores o incapaces, lo que por cierto ya viene procedimentalmente recogido en la actual legislación procesal estatal. Además, ha de tenerse en cuenta que la consciente omisión de una regulación estatal sobre la unión de hecho resulta compatible con el silencio en el proceso civil, que en principio es vehículo o articulación de las pretensiones sustantivas.

La justificación expuesta, en cambio, no impide advertir una situación práctica pesadosa para quienes forman parte de las uniones de hecho y obtienen un derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto a acceso a la jurisdicción, facilidad *ex principio pro actione* y prohibición de dilaciones indebidas, que podría tildarse de segunda clase o deficitario en comparación con el que deriva de la pareja matrimonial. Pero no es ello así porque sea diferente, lo cual estaría justificado desprendiéndose de una ilógica analogía, sino por-

(157) Vicente MAGRO SERVET, *¿Cuál es el trámite...*, cit.

(158) Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ utiliza esta tesis, «Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)», en *Diario La Ley*, 3 de diciembre de 2001. Sin embargo, el citado autor concluye sobre un planteamiento que deviene incierto con el divorcio sin causa, cual es la libre ruptura de la pareja de hecho, por mucho que reste la diferencia basada en la necesidad de una sentencia civil constitutiva, que en sí misma no desvanece sino que entorpece la libertad para divorciarse.

que es una opción múltiple y heterogénea, que se opone a los postulados de la economía procesal y padece la incertidumbre jurídica (159). Finalmente, las tesis de la inaplicabilidad de las normas de la liquidación de los regímenes matrimoniales no pueden esquivar que, en los sistemas de separación de bienes —bajo el régimen matrimonial— no opere suerte alguna de discriminación en el plano procesal por ser imposible que tal régimen se conduzca a través de los trámites especiales de los artículos 806 y siguientes LEC (160). Es lo cierto que, en el trámite de esta última ley en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista intentó sin éxito introducir en los procesos especiales de división judicial de patrimonios los formados por las uniones de hecho, lo que supera la incertidumbre a través del declarativo plenario según la cuantía, por lo general el ordinario, en el que igualmente se incluiría la división de la cosa común. De otro lado, la legislación autonómica permite, en algunos casos —el catalán, por ejemplo—, introducir la acumulación de acciones —la de división de la cosa— en el proceso matrimonial que, de otro modo, no sería acumulable. Y no lo es para la pareja de hecho. En este sentido, aun cuando es cierto que el régimen económico-matrimonial no es trasladable a las uniones de hecho (161), ni la regulación autonómica de éstas debiera apuntarlo subsidiariamente ante lo que supondría una equiparación de dudosa constitucionalidad, no es menos cierto que las partes convivientes pueden pactar, expresamente, un régimen económico que resulte idéntico al matrimonial, sin que la autonomía de la voluntad pueda luego ser cercenada o invalidada en virtud de la similitud (162).

(159) Para algunos muestra una pluralidad de procesos que condena a los convivientes a una discriminación intolerable en el Estado de Derecho; *sic* Ana María VILALTA NICUESA y Rosa María MÉNDEZ TOMÁS, *Acciones sobre parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2001.

(160) Otra cosa que los bienes comunes de los cónyuges que obedecen separación de bienes se incluyan en el ámbito del procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial; José Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Iurgium editores, Barcelona, 2000, pág. 3765 y sigs. Sin embargo, en muchos casos, el trámite de juicio ordinario para la acción de división de la cosa común resultará menos complicado y sin el desajuste y coste que propicia, por ejemplo, la realización de un inventario.

(161) Juan MONTERO AROCA, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 145 y sigs.

(162) En este sentido, los votos particulares de Encarna ROCA TRÍAS y José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL a la STS de 12-IX-2005 resaltan que aun careciendo los convivientes de régimen económico-matrimonial (*equivalente a*, debemos entender), por la falta de igualdad entre matrimonio y unión de hecho, nada impide que, de acuerdo con el artículo 1.255 del Código Civil, pacten los efectos que les parezcan más convenientes.

5. REFLEXIONES FINALES

Un divorcio unilateral sin abogado ni procurador, por modelo formulario y bajo la plena gratuidad, es perfectamente defendible si lo único que pretende el justiciable es abrazar la libertad de decisión y no insta ningún tipo de medida definitiva o cautelar, sea personal, sea patrimonial. El problema se residencia, finalmente, en la comunicación al cónyuge, cuando éste no se da por enterado o verdaderamente se encuentra en paradero desconocido. Por su parte, pretender reorientar el matrimonio hacia sus compromisos históricos —de una determinada etapa de la historia— asume planteamientos como los del matrimonio blindado o *covenant marriage* norteamericano (163), pero no impedirá que la voluntad de los contrayentes en el momento de la crisis pretenda eludir cualquier traba a la propia libertad de separarse. Ahora bien, no parece posible negar la preferencia constitucional por los matrimonios, protegidos institucionalmente en el Texto fundamental a diferencia de las uniones de hecho, lo que motiva justificar la crítica a los efectos que en éstas se aprecian equiparados o con los del matrimonio si no los superan, siempre y cuando dicha equiparación, que no superación, pueda venir admitida si entran en juego valores superiores dignos de protección con independencia de que haya o pueda haber un matrimonio de por medio: la protección de la dignidad humana y de los menores e incapacitados en una visión extensa del *favor filii*. La «protección del más necesitado» (164) subsume un principio general del Derecho orientado al desfavorecido.

Una regulación de los pactos de convivencia, con exclusión de un mínimo exigible o imperativo en el ámbito del reparto equitativo de la riqueza y respecto de la vivienda familiar de la pareja de hecho, sólo puede relativizarse a través de medidas de política administrativa o social en general. Pero el silencio total del legislador estatal o autonómico muestra, en el planteamiento amplio del artículo 14 CE bajo compromiso de derechos fundamentales, serios argumentos para entender vulnerados el principio de igualdad y no discriminación, lo que convertiría la LBPE en inconstitucional y la falta de acción del Estado en inconstitucionalidad por omisión (165), anomia que también se ex-

(163) Rafael NAVARRO VALLS, «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1998, pág. 764 y sigs.; Miguel Ángel CAÑIVANO SALVADOR, «El “covenant marriage” como alternativa a las “no-fault divorce laws”: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 2002.

(164) Sergio LLEBARÍA SAMPER, *Hacia una familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 79.

(165) Sobre esta hipótesis de Derecho Constitucional, véanse los trabajos de Ignacio VILLaverde MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, y José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

tiende a la necesaria igualdad en la protección de los menores. Se trataría de situaciones donde no basta relegar al cuadro de consecuencias jurídicas por la previa voluntad de las partes —los pactos entre convivientes—, pues una cosa es la desigualación por libre autonomía de la voluntad en aspectos de alcance disponible, y otra la vulneración real del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, que deviene arbitrario y sucumbe al test de racionalidad aplicado al trato diferente entre la pareja matrimonial y la no matrimonial. Por su parte, si se estructura un estatuto de solidaridad en la pareja de hecho, frente a la subsidiariedad del régimen económico-matrimonial, se afectará el derecho constitucional de protección del matrimonio, que es lo que ocurre, por ejemplo, con la regulación de la unión de hecho en Aragón, no en cambio en Baleares. Piénsese que un régimen de solidaridad, en realidad, puede entenderse como beneficio del matrimonio, en tanto que mayores son las posibilidades de eficacia en interés de la familia cuando se permite contratar con cualquiera de los cónyuges. Ahora la política legislativa se conduce al incremento de la capacidad crediticia de la familia en vez de una muestra de la igualdad entre cónyuges en el ámbito de la potestad doméstica, que es donde reside el origen histórico de la responsabilidad frente a terceros en el matrimonio. A su vez, la presunción de gratuidad en las transmisiones no existe entre convivientes, con lo que la evitación del fraude y la protección del acreedor se basará en los artículos 1.111 y 1.297 del Código Civil.

Al margen de lo expuesto se abren las desigualdades prácticas frente a familias reales que derivan de situaciones de bigamia o poligamia, culturalmente aceptadas bajo la procedencia extranjera (pareja de extranjeros o mixta en la que un miembro de ella lo es) o por determinadas tradiciones (gitana, musulmana). Cuando el elemento extranjero ha sido el detonante de la diferencia y el matrimonio o la pareja tienen una nacionalidad común cabría acudir a la ley aplicable derivada de esa nacionalidad. Mas el mismo orden público internacional que desde mi punto de vista se utilizaría contra perjuicios de normas extranjeras ante el *ius connubii* homosexual, podría suponer una clara cortapisa en el caso concreto. De cualquier modo resulta pacífico admitir que existe una laguna legal porque, siendo inevitable familia, el cerco de la ilegalidad no suprime los cotidianos problemas que como tal afronta, en el Derecho Civil de Familia, en el Derecho Social, en el Derecho Penal o en el Derecho Civil Indemnizatorio y de Seguros. Las diferencias entre la norma del Estado —o su omisión que conduce a prácticas jurisprudenciales alegales—, los territorios que no tienen legislación autonómica sobre uniones de hecho, las Autonomías que sí las tienen, y entre éstas por cuanto defienden regulaciones diferenciadas, no muestra más problemas que los de existencia de otras figuras jurídicas, instituciones y derechos forales o especiales que marcan una diferencia material bien palpable allá donde se viva. Únicamente puede generar problemas complejos, y de alcance constitucional, la inexistencia de

un mínimo o estándar básico, denominador común para cualquiera —nuevamente bajo el auspicio constitucional— y un régimen conflictual que solucione las evidentes problemáticas concurrenciales en cuanto a los ámbitos de ampliación de las normas autonómicas sobre parejas de hecho, en claro contraste con la competencia legislativa estatal exclusiva.

Ha de insistirse en que no cabe discutir la desigualdad existente entre el matrimonio y las parejas estables, mas cuando en determinados aspectos se advierte la peor condición de los casados se invierte la lógica de la preferencia, que parte de la Constitución misma. Y también en el ámbito jurisdiccional se advierten contradicciones, esta vez a favor y en contra de las uniones de hecho, lo que en algunos casos se opone a las lógicas procesales más elementales, independientemente de la prioridad señalada. Nuevamente, sin embargo, es perjudicado el matrimonio si, a pesar de que el voluntarismo individual del divorcio actual sólo se frena temporalmente (tres meses desde la celebración del matrimonio), resulta imprescindible una sentencia judicial constitutiva, mientras que para las uniones de hecho, en su caso, lo sería meramente declarativa, de cualquier manera innecesaria jurídicamente para la extinción de esa convivencia legal. Ello supone, pues, que para ese fin puedan los compañeros prescindir de la jurisdicción civil y, de ese modo, ahorrarse los emolumentos profesionales que inevitablemente deberán costear los cónyuges, en ocasiones relativizados por la justicia gratuita pero no por las reglas de vencimiento objetivo del artículo 394.1 LEC, que suelen excluirse, dada la obligatoriedad del proceso jurisdiccional.

El debate sobre la igualdad —y no *ante* la ley o en la aplicación de la ley, sino *en* la ley—, plantea dudas sobre los parámetros de referencia que se utilizan para justificar una determinada reforma en pos del *principio* de igualdad. Paralelamente, llama la atención el incremento de capítulos matrimoniales formalizados, al menos en Cataluña (166) —con régimen supletorio de separación de bienes—. Ello se subraya con la importancia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones privadas de familia, de naturaleza patrimonial y enlazando con la pretendida necesidad de establecer unos beneficios mínimos entre adultos, más allá de los deberes para con la prole, lo que sólo acaba justificándose en situaciones radicales, no por ello excepcionales en la práctica diaria.

Quizá no sea correcto situar en un mismo plano de desigualdad que el Derecho del Estado sea más o menos beneficioso que el Derecho autonómico en esta materia; es decir, que la perspectiva de análisis no pueda ser bidireccional sino unidireccional. Parece que lo que importa es que la regulación en la Autonomía provoca situaciones de desigualdad entre casados —los perju-

(166) Cfr. Albert LAMARCA MARQUÈS y otros, «Separació de béns i autonomia privada familiar a Catalunya: Un model pacífic sotmès a canvi?», en *Working Paper de Dret Català*, núm. 7, Barcelona, octubre de 2003, www.indret.com.

dicados— y las parejas de hecho. Y no importaría del mismo modo que fuera al revés, dada la diferenciación constitucional y, sobre todo, la actual indiferenciación del sexo en el matrimonio. Realmente, despojado el matrimonio de su componente religioso tradicional, acaba siendo el trámite procedimental uno de los escollos más relevantes respecto de la pareja de hecho. Pero al margen de esa cuestión, no tan sustancial, ya no parece admisible de ningún modo la equiparación de una y otra realidad salvo en aquellos supuestos que fundamentalmente justifiquen el intervencionismo público.

Hasta cierto punto, y salvado lo anterior, da igual que haya diferencias entre Comunidades Autónomas y que las parejas de hecho de unas Autonomías se sientan en desigualdad respecto de las de otras. Si una norma autonómica mejora determinadas situaciones jurídicas —incluso en supuestos de hecho iguales (las parejas estables, por ejemplo)—, la norma estatal no ha de igualar esa mejora. De este modo, en el ámbito del régimen económico igualitario para toda pareja se plantea si la elevación de derechos establecidos ante la extinción de una unión estable, donde la legislación autonómica considere mínimos irrenunciables —quizá otra Autonomía no lo haga—, fuerza al Estado central para legislar en el sentido equiparador al alza. Podría tener sentido en el ámbito del matrimonio, aunque entonces se estaría reconociendo una superación comparativa de la regulación en unión de hecho, difícilmente conciliable con la Constitución. Pero más allá del repetido intervencionismo, que se justifica al margen de las regulaciones territoriales y con sometimiento al criterio uniforme de mínimos, tal acción de gobierno no resultaría amparable. Por otro lado, frente a una ley de parejas estables estatal no se suprimiría la competencia legislativa autonómica sobre la materia —aunque bajo diferentes rangos—, lo que no puede evitar la posibilidad de desigualdades, reduciendo el debate, acaso, a la existencia de unos límites infranqueables a conciliar con la naturaleza patrimonial y esencialmente dispositiva de ese tipo de relaciones jurídicas, como ya se ha expuesto. En cierto modo, y dejando a un lado la discusión sobre legitimidades legislativas de las Comunidades autónomas en cuanto relaciones jurídico-civiles de las uniones de hecho, la legislación estatal sólo sería supletoria de la autonómica si ésta lo permitiera; y funcionaría en todo caso como norma de referencia para las uniones de hecho en aquellas autonomías que carecieran de Derecho Civil Territorial sobre dicha materia, suprimiendo de esa manera el uso jurisprudencial que ha venido activándose ante situaciones convivenciales que deben separarse del matrimonio.

RESUMEN

PAREJAS DE HECHO
MATRIMONIO

La comparación del régimen jurídico de las parejas de hecho con el matrimonio suscita controversia en materia de igualdad real y efectiva, cuestión que se aborda en este trabajo, tanto desde el punto de vista sustantivo como del procesal, sin olvidar tampoco las divergencias entre los matrimonios entre personas del mismo sexo y de distinto sexo. Asimismo, se apunta igualmente la diferenciación existente entre la legislación —o falta de legislación— entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas entre sí, lo que se anuda a la competencia para legislar Derecho material y Derecho procesal.

Particularmente, la vertiente material ha quedado seriamente relativizada una vez instituido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que impone analizar algunos rasgos distintivos entre matrimonio y pareja de hecho, aun cuando la regulación material comporte inevitablemente un tipo de regulación procedimental que de todas maneras pueda plantear desigualdades. Efectivamente, perduran planteamientos desiguales desde la perspectiva procesal, pero el alcance constitucional de los mismos sólo sería relevante si las situaciones de hecho se mostrasen iguales, lo que ciertamente resulta difícil de asumir. No obstante, la redefinición del matrimonio civil sin influencias morales, tradicionalmente características de la religión católica, se muestra en ocasiones confusa, al menos en el contexto cultural en que nos encontramos. Y ello por mucho que la moral siempre aporta argumentos de interés en la construcción jurídica y, como tal, sigue estando presente en el contenido e interpretación de numerosos preceptos legales.

ABSTRACT

REGISTERED PARTNERSHIPS
MARRIAGE

Comparison of the legislation on registered partnerships with the legislation on marriage arouses controversy as regards real, effective equality, an issue that this paper approaches from the substantive as well as the procedural standpoint, without overlooking the divergences between marriages of persons of the same sex and marriages of persons of different sexes. The paper also looks at the differentiation between the legislation (or lack thereof) enacted by the state and by the autonomous communities, and differentiation amongst autonomous communities, a matter that is tied to legislative competence in matters of substantive law and matters of procedural law.

One particular development is how very relative the substantive facet has been rendered in the wake of the introduction of marriage between persons of the same sex. The author feels compelled to analyse some traits that differentiate between marriage and registered partnership, even though substantive regulations inevitably entail a type of procedural regulation that may at all events pose unequal situations. Indeed, unequal approaches live on from the procedural perspective, but their constitutional scope would be relevant only if the de facto situations were seemingly equal, which is certainly a large «if». Nevertheless, the redefinition of civil marriage without the kinds of moral influences traditionally characteristic of the Catholic religion sometimes does appear confusing, at least in our current cultural context. And that is notwithstanding the fact that morals always put forth interesting arguments in legal construction and, as such, morals are still present in the contents

Por último, se añade a todo lo anterior el cuestionamiento de los intervencionismos estatal y autonómicos frente a decisiones individuales que pretendan optar abiertamente por situaciones ajenas a cualquier tipo de regulación jurídica, decisiones individuales que solamente los intereses de superior protección podrían coartar, introduciéndose en el debate la noción justificadora del menor de edad y, sobre todo, el concepto de familia.

and interpretation of numerous provisions of the law.

Lastly, the paper adds to all the above a questioning of national and regional government interventionism in individual decisions aimed openly at creating situations unregulated by any type of law, individual decisions that only the interests of higher protection could restrict, by introducing into the debate the justifying notion of the minor and, above all, the concept of «family».

(Trabajo recibido el 9-8-2009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)